

وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية
قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية



صنوان القضاء وعنوان الإفتاء

تأليف

القاضي عماد الدين محمد بن محمد
ابن إسماعيل بن محمد الخطيب الأشفورقاني
(المتوفى ٦٤٦ هـ)

الجزء الثالث

تحقيق ودراسة

القاضي مجاهد الإسلام القاسمي
أمين عام مجمع الفقه الإسلامي - الهند



وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية
قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية

صنوان القضاء
وعنوان الإفتاء

تأليف

القاضي عماد الدين محمد بن محمد
ابن إسماعيل بن محمد الخطيب الأشفورقاني
(المتوفى ٦٤٦ هـ)

الجزء الثالث

تحقيق ودراسة

القاضي مجاهد الإسلام القاسمي
أمين عام مجمع الفقه الإسلامي - الهند

بيان أرض الموات

[تعريف أرض الموات]

(١١٦١) واختلفوا في أرض الموات: فالمروي عن أبي يوسف رحمه الله: أرض الموات أن يفتح الإمام بلدة عنوة، و لم يقسّم الأراضي بين الغانمين، وتركها مهملة أو قسّم البعض و لم يقسّم البعض، فما ترك و لم يقسّم يكون مواتاً.

(١١٦٢) وذكر محمد رحمه الله في كتاب الشرب من المبسوط: "كل أرض لا يملكها أحد من مسلم أو ذمي وانقطع عنها الماء وارتفاق أهل المصر أو القرية، كانت مواتاً، وإن كانت قريبة من العمرانات".

وفي البقالي[1]: أرض الموات "ما لا يقرب من الماء ويفضل عن حاجة أهله".

وذكر ثمة أيضاً الأراضي المملوكة إذا انقرض أهلها فهي كاللقطة وقيل: كالموات.

---

١ - البقالي: هو محمد بن أبي القاسم الخوارزمي النحوي المعروف بـ "بقالي" كان إماماً فاضلاً فقيهاً مناظراً خبيراً بالمعاني والبيان، أخذ عن جار الله محمود الزمخشري، وله مصنفات من الفتاوى وجمع التفاريق، وكتاب التفسير وكتاب التراجم بلسان الأعاجم وغيرها من الكتب.

مات بجرجانية بخوارزم سنة ست وسبعين وخمسمائة ذكره السيوطي في البغية (الفوائد البهية /١٦١-١٦٢ وأيضاً ذكره الصفدي في الوافي بالوفيات ٣٤٠/٤ وفي الجواهر المضية ٣٩٢/٤-٣٩٤) وهدية العارفين ٩٨/٢).

لعلّ المراد بقوله في البقالي: فتاوى البقالي.

(**١١٦٣**) وذكر في نوادر هشام عن محمد رحمه الله: **إذا كان** للأراضي آثار عمارة من مسنّاة ونحوها، ولها أرباب لا يعرفون **فإنه لايسع** لأحد أن يحييها، ويتملّكها أو يأخذ منها تراباً.

(**١١٦٤**) وروى هشام عن محمد رحمه الله في القصور الخربة والنواويس[1] الخربة: إذا رفع الرجل منها التراب، وألقاها في أرضه، إن كانت قصوراً خربت قبل الإسلام فهي بمنزلة الموات لا بأس بذلك وإن كانت خربت بعد الإسلام وكان لها أرباب لكن لا يُعرفون لايسع لأحد أن يأخذ منها شيئاً لأن الأرض بالخراب لا تزول عن ملك المالك.

ولو ظهر لها مالك تردّ عليه.

(**١١٦٥**) فإن زرع فيها يكون الزرع للزراع، إلا أن مقدار البذر وأجرة الأجراء يطيب له ، ويتصدّق بالزيادة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، ويضمن للمالك ما نقصتها الزراعة، كما لو غصب أرضاً فزرعها.

(**١١٦٦**) وذكر القدوري رحمه الله: ما كان منها عادياً لا مالك له أو كان مملوكاً في الإسلام إلا أنه لا يعرف له مالك في الإسلام بعينه وهو بعيد من القرية بحيث لو وقف إنسان وصاح لا يسمع الصوت فيه فهي موات[2].

(**١١٦٧**) ومعنى العادي ما قدم خرابه.

---

١ - الناووس: مقابر النصارى وإن كان عربياً فهو فاعول منه (لسان العرب ١٤/٣٢٦).

٢ - الفتاوى الهندية ٥/٣٨٦.

(١١٦٨) فاعتبر محمد رحمه الله انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كانت قريبة من القرية[١]، هكذا ذكره شيخ الإسلام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

(١١٦٩) وأصح ما قيل في القرب والبعد من العمرانات: أن يقف الرجل على طرف عمران القرية فينادي بأعلى صوت، فإلى أيّ موضع ينتهي إليه صوته يكون من فناء القرية، هكذا ذكره قاضي القضاة رحمه الله[٢]، وروي عن أبي يوسف رحمه الله: إذا قام الرجل في آخر العمران ويصيح صيحةً وسطاً، فإلى أيّ موضع يبلغ صوته يكون من العمران، وما رواه ذلك يكون مواتاً إذا لم يكن مقبرةً ولا فناءً لأهل القرية[٣]، وعن محمد رحمه الله: يعتبر الصوت من دون القرية من الأراضي العامرة، وقال أبو عبد الله الجرجاني: يعتبر الصوت على قدر أذان الناس في العادة من غير أن يجهد نفسه.

(١١٧٠) هذا إذا لم يعرف أنها كانت ملكاً لأحد، فإن عرف أنها كانت مملوكة لمسلم أو ذمي، لكن لا يعرف المالك في الحال، ذكر القاضي الإمام الأجل أبو علي السغدي رحمه الله عن أستاذه الحاكم رحمه الله: أنه يجوز للإمام أن يدفعها إلى رجل ويأذن له بالإحياء فتصير لمن أحياها[٤].

---

١ - الفتاوى الهندية ٥/٣٨٦.

٢ - الفتاوى الهندية ٥/٣٨٦.

٣ - والبعد عن القرية على ما قال، شرطه أبو يوسف رحمه الله (الفتاوى الهندية ٥/٣٨٦).

٤ - الفتاوى الخانية ١/٣٧٨ على هامش الفتاوى الهندية.

[اشتراط إذن الامام للاحياء]

(١١٧١) ومن أحيا أرضاً ميتة بغير إذن الإمام لا يملكها عند أبي حنيفة رحمه الله، ويملكها عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وذكر الناطفي رحمه الله: "القاضي في ولايته بمترلة الإمام في ذلك"[١].

[تفسير الإحياء]

(١١٧٢) وتفسير الإحياء عن محمد رحمه الله في النوادر: أنّ إحياء الأرض لا يكون بالسقي والكراب، وإنما يكون بإلقاء البذر والزراعة، وذكر ابن رستم عن محمد رحمه الله: "الإحياء أن يكربها ويسقيها، وإن كربها ولم يسقها أو سقاها ولم يكربها، فليس بإحياء، وإن حوّطها أو سنّمها بحيث يعصم الماء فهو إحياء[٢]، وإن بذرها فهو إحياء، وعن أبي بكر رحمه الله: "الإحياء البناء والغرس أو الكراب والسقي" وذكر شمس الأئمة السرخسي: "الإحياء أن يجعلها صالحة للزراعة".

(١١٧٣) وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا بنى في أرض موات أو زرع فيها زرعاً قليلاً أو كثيراً، فإنه يكون إحياء لموضع البناء والزرع دون غيره.

(١١٧٤) وإن عمر قطعة، إن عمّر أكثر من النصف يكون إحياءً لها ولما بقي، وإن عمّر نصفها له ما عمّر دون ما بقي، فاعتبر الكثرة[٣]، قال محمد

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥ نقلاً عن القاضي خان والفتاوى الخانية ٣٧٩/١ على هامش الفتاوى الهندية.

٢ - لتفسير الإحياء وما يتعلق بها من المطالب (انظر: الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥-٣٨٧).

٣ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥ نقلاً عن محيط السرخسي.

رحمه الله: إذا كان الموات في وسط ما أحيا يكون إحياءً للكل، وإن كان الموات في ناحية لا يكون إحياءً لما بقي[1]، وإن حفر فيها بئراً أو ساق إليها ماءً فقد أحياها، زرعها أو لم يزرع[2]، وذكره في خراج ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمه الله.

[التحجير]

(١١٧٥) ومن حجّر على أرض بحجارة يشبه المنارة فقد أحياها، هكذا ذكر في المنتقى قال: والتحجير ليس بإحياء[3].

(١١٧٦) وصورة التحجير: أن يمرّ الرجل بموضع في أرض الموات وأراد إحياء ذلك الموضع و لم يمكنه الإحياء للحال لانعدام آلات الإحياء، فيعلم علامة فيضع حول ذلك الموضع الأحجار، أو يحصد فيها من الحشيش والشوك، أو يغرس حولها أغصاناً يابسةً، ويجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول فهذا تحجير وليس بإحياء[4]، وقد صح عن عمر رضي الله عنه أنه قال: من أحيا أرضاً ميتةً فهي له ، وليس لمتحجر بعد ثلاث سنين[5] حق، وأراد بالمتحجر ما قلنا، وهذا يقتضي أن يكون له حق

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٨٧/٥ نقلاً عن التاتارخانية.

٢ - قال في الفتاوى الهندية: ذكر ابن سماعة رحمه الله: إن حفر الخ ٣٨٧/٥.

٣ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥.

٤ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥.

٥ - أعلن عمر رضي الله عنه في إحدى خطبه: أيها الناس من أحيا أرضاً ميتةً فهي له، (موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنهما) /٣٥.

قبل الثلاث، وبه أخذ بعض مشايخنا رحمهم الله وقالوا: التحجير يفيد ملكاً مؤقتاً للمتحجّر إلى ثلاث سنين، حتى أن إنساناً لو أحيا هذه الأرض قبل ثلاث سنين لا تصير ملكاً لهذا المحيي؛ لأنه سبقت يد المتحجر فكان هو أولى من غيره.

(١١٧٧) كمن سبق بمكان في المسجد أو في الرباط أو في المفازة، وإذا كان هو أولى فليس لغيره أن يشغل بإحيائها، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: لو أن إنساناً أحيا هذه الأرض قبل ثلاث سنين تصير ملكاً للمحيي؛ لأن التحجير لما لم يكن إحياءً يبقى غير مملوك كما كان.

أما إذا مضت تلك المدة و لم يعمّرها كان للإمام أن يدفعها إلى غيره تحصيلاً لمنفعة المسلمين.

[ترك أرض الموات بعد إحيائها]

(١١٧٨) وإذا أحيا أرضاً ميتةً بإذن الإمام، ثم لم يرها صالحةً للزراعة فتركها وجاء آخر وزرعها، قال الشيخ الإمام الفقيه أبوالقاسم بن أحمد بن حمزة بن عصمة البلخي رحمه الله[1]: الثاني أحق بها؛ لأن الأوّل كان أحق بها

---

١ - هو الشيخ الإمام الفقيه أبو القاسم الصفّار (الجواهر المضية١/٢٠٠) وفي الخانية نقل قاضي خان في فصل إجارة الأوقاف ومزارعتها: قال الشيخ الإمام أبو القاسم البلخي رحمه الله: لا تجوز إجارة الوقف أكثر من سنة إلا لأمر عارض يحتاج إلى تعجيل الأجرة بحال من الأحوال، (الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٣/٣٣٣).

لعلّه هو أحمد بن عصمة أبو القاسم الصفّار المتوفى سنة ٣٢٦ أو ٣٣٦ (الجواهر المضية ١/٢٠٠؛ والفوائد البهية /٢٦).

مادام يشغلها فإذا تركها وأعرض عنها بطل حقه فيها، وغيره من مشايخنا رحمهم الله قالوا: الأول أحق بها وله أن ينزعها من يد الثاني[1].

(١١٧٩) وحاصل الخلاف راجع إلى أن المحيي بالإحياء يملك رقبة الأرض أو منفعتها، كان الفقيه أبو القاسم رحمه الله يقول: يملك منفعتها لا رقبتها، وعامة المشايخ رحمهم الله يقولون: يملك رقبتها، قال شيخ الإسلام صاحب الهداية رحمه الله: الأصح أن للأول أن ينزعها من يد الثاني؛ لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث؛ إذ الإضافة فيه بلام التأكيد وملكه لا يزول بالترك.

(١١٨٠) ومن أحيا أرضاً ميتةً ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب، ذكر إبراهيم بن رستم[2] عن محمد رحمه الله أن طريق الأول في الأرض الرابعة؛ لأنه حين سكت عن الأول والثاني والثالث وعيّن الباقي طريقاً له فإذا أحياها الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى وليس له ذلك[3].

---

١ – الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥ باختصار.

٢ – قد مر ذكره ١٠٥/١.

٣ – الفتاوى الهندية ٣٨٧/٥، وملتقى الأبحر ٥٥٨/٢–٥٥٩، ورد المحتار ١٠/٥.

[إحياء الذمي]

(١١٨١) ويملك الذمي بالإحياء كما يملكها المسلم؛ لأن الإحياء سبب الملك ، إلا أن عند أبي حنيفة رحمه الله إذن الإمام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر أسباب الملك[1].

[بيان الكفارات]

(١١٨٢) وأما بيان الحقوق الواجبة أجزية لأفعال العقلاء البالغين غير مبتدأة وتكون دائرة بين العبادة حالة الأداء، والعقوبة عند الوجوب، والسبب فيها غير موصوف بشيء من الإباحة نحو كفارة اليمين، وكفارة الإفطار، وكفارة الظهار، وكفارة القتل، وكفارة لبس المخيط على وجه المعتاد حالة الإحرام ، وكفارة ذبح صيد الحرم وسائر الكفارات، وبيان العبادة التي فيها معنى المؤنة من غير اشتراط كمال الأهلية فيها، كصدقة الفطر.

[كفارة اليمين]

(١١٨٣) قال: إذا حنث الرجل في يمينه تلزمه الكفارة، إن كان موسراً يتخيّر: إن شاء أعتق رقبةً مؤمنةً أوكافرةً، وإن شاء أطعم عشرة مساكين، كل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاعاً من شعير، وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً[2].

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥؛ وبدائع الصنائع للكاساني ١٩٥/٦.

٢ - الفتاوى الهندية ٦١/٢ ، صححه القدوري ، وفي بعض الرواية الجواز وانظر للتفصيل: بدائع الصنائع ١٠٥/٥ ط: دار الكتب العلمية، لبنان والفتاوى التاتارخانية ٦٤/٥.

[خصال الكفارة]

[الكسوة]

(١١٨٤) قيل: أدناه ما يجوز فيه الصلاة، والمروي عن محمد وأبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله: أدناه ما يستر عامة بدنه حتى لو اقتصر على السراويل لا يجوز، وهو الصحيح؛ لأنه يسمى عرياناً في العرف[١].

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ ﴾ الآية [٢]، وكلمة "أو" متى دخل على الإثبات كان للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة، وإن لم يقدر على أحد الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات عند أصحابنا رحمهم الله لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه[٣] أنه قرأ: "فصيام ثلاثة أيام متتابعات"[٤]، وهي

---

١ – الفتاوى الهندية ٦١/٢.

٢ – [المائدة /٨٩]

٣ – عبد الله بن مسعود الهذلي أبو عبد الرحمن: أسلم قديماً وهاجر هجرتين، وشهد بدراً والمشاهد بعدها، ولازم النبي ﷺ، وكان صاحب نعليه وحدث عن النبي صلى الله عليه بالكثير، وروى عنه كبار الصحابة والتابعين، وهو أول من جهر بالقرآن بمكة، كان يعد من أهل بيت النبي ﷺ بشدة ملازمته، مات سنة اثنتين وثلاثين أو ثلاث وثلاثين بالمدينة على القول الأثبت، كان أقرب الناس من رسول الله هدياً ودلاً، وسيره عمر إلى الكوفة ليعلمهم أمور دينهم وبعث عماراً أميراً وقال: إنهما من النجباء من أصحاب محمد ﷺ فاقتدوا بهما، وكان من أكابر فقهاء الصحابة رضي الله عنهم أجمعين (الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني ٣٦٨/٢، والأعلام للزركلي ١٣٧/٤).

٤ – وفي مصنف عبد الرزاق: أخبرنا عبد الرزاق قال: أخبرنا معمر عن أبي إسحاق والأعمش قالا: في حرف ابن مسعود: "فصيام ثلاثة أيام متتابعات"، قال أبو إسحاق:=

كالخبر المشهور، والزيادة على كتاب الله كما تجوز بالخبر المتواتر تجوز بالخبر المشهور.

وقال الشافعي رحمه الله: هو بالخيار: إن شاء تابعه وإن شاء فرّق كما في قضاء رمضان، وصوم جزاء الصيد، وصوم هدي المتعة والقِران.

[الإعتاق]

(١١٨٥) فإن أعتق رقبةً عن كفارة يمينه، أو عن كفارة ظهاره إن كانت مؤمنة يجوز بالإجماع، وإن كانت كافرةً يجوز عندنا، وعند الشافعي رحمه الله: لا يجوز، ويستوي فيه الصغير والكبير والذكر والأنثى والرضيع والفطيم؛ لأن الواجب عليه عتق رقبة مطلقة، ومطلق الرقبة يتناول المؤمنة والكافرة والصغير والكبير، ألا ترى! أن من قال: كل رقبة لي حرّ، يدخل فيه جميع ما ذكرنا من الرقاب[1].

ولو أعتق حربياً إن كان في دار الحرب ولم يخلّ سبيله لا يجزيه؛ لورود الاستيلاء عليه مرة بعد أخرى، ولو خُلّي سبيله اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: يجوز، ومنهم من قال: لا يجوز[2]، وإن أعتق مرتداً فلا رواية فيه، منهم من قال: يجوز وإن أشرف على الهلاك، كما لو أعتق عبداً وجب عليه

=وكذلك نقرؤها (٥١٤/٩ بتحقيق المحدث الجليل حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الأولى ١٩٧٢، المجلس العلمي- سملك غجرات).

١ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٤٥٠/١؛ والفتاوى الهندية ٥٠٩/١.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ١٠/٤.

القصاص، ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأنه بالردّة صار حربياً، ولهذا يجوز قتله[1].

(١١٨٦) ولو أعتق العمياء لا يجوز؛ لأنه لم يأت بإعتاق رقبة كاملة؛ لأن العمياء لا تدخل تحت الرقبة حتى لو قال: كل رقبة لي، فهو حرّ، لا تدخل فيه العمياء، هكذا ذكره الشيخ الإمام عبد الرحيم الكرميني في طريقته[2]؛ ولأن العمياء هالك من وجه، قائم من وجه، فيكون الرقّ فائتاً عن جميع أجزائه وهو مأمور بتحرير رقبة كاملة، وهذا التحرير صدر منه ناقصاً، فلا يجوز[3].

(١١٨٧) والأصل في جنس هذه المسائل: أن العيب اليسير لايمنع الجواز، والفاحش يمنع، واختلفوا في الحد الفاصل بين اليسير والفاحش، والشافعي رحمه الله قال: كل عيب يمنعنا من إجبار العبد على الكسب في

---

١ - وفي الفتاوى الهندية: والمرتد يجوز عند بعض المشايخ وعند بعضهم لايجوز والمرتدة تجوز بلا خلاف، كذا في المحيط ٥١٠/١.

٢ - وهو الشيخ الإمام عبد الرحيم بن أحمد بن إسماعيل الكرميني، المنعوت بسيف الدين الملقب بالإمام، توفي سنة سبع وستين وأربعمائة ودفن بـ"بهستان" (الجواهر المضية للقرشي ٤٠٩/٢).

٣ - انظر لتفصيل هذه المسألة: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ٤٥٠/١؛ والفتاوى الهندية ٥١٠/١؛ والفتاوى التاتارخانية ٩/٤، وفي الفتاوى الهندية: وإن أعتق عبداً حربياً في دار الحرب لم يجزئه عن الظهار، فإن أعتقه في دار الإسلام أجزأه، كذا في شرح المبسوط للسرخسي ٥١١/١.

نفقته، يكون فاحشاً يمنع الجواز؛ لأنه حينئذٍ يجب القضاء على المولى بنفقته فكان المولى حينئذٍ يكون مسقطاً عن نفسه ما يكون واجباً عليه، فيكون الإعتاق بعوض، فلا يجوز عن كفارة يمينه . وإن كان عيباً لا يمنعنا من إجبار العبد على الكسب في نفقته كان يسيراً؛ لأن النفقة حينئذٍ يكون على العبد لا على المولى فعلى هذا: العَوَرُ عيبٌ لا يمنعنا من إجبار العبد على الكسب؛ لأنه يمكنه أن يكتسب بإحدى العينين، والعمى وقطع اليدين والرجلين وقطع اليد والرجل من جانب واحد، وقطع إبهام اليدين يمنع بالإجماع لفوات جنس المنفعة بفواتها.

والحد الفاصل عند بعض مشايخنا رحمهم الله: كل عيب يوجب كمال القيمة في العبد، وكمال الدية في الحر يمنع جواز التكفير. وبعضهم قالوا: هذا الحد لا يسمّ[1]؛ فإنه يجوز إعتاق مقطوع الشفتين ومقطوع الأشفار والمجبوب، وهذه النقائص لو حصل أوجب كمال الدية في الحر وكمال القيمة في العبد، ومع هذا لو أعتق مقطوع الأشفار والشفتين والمجبوب يجوز.

(١١٨٨) والصحيح أن يقال: كل عيب أوجب فوات جنس المنفعة من كل وجه يكون فاحشاً ويمنع الجواز، وإن كان لا يوجب فوات جنس المنفعة يكون يسيراً فلا يمنع[2].

---

١ – وفي نسخة " أ " (لا يسَمّ) وفي نسخة "ب" و "ج" (لا يستمرّ) لعل الصحيح (لا يتمّ).

٢ – الفتاوى التاتارخانية ٤/٩.

فإن قيل: هذا يشكل بما لو أعتق المجبوب أو الخصي أو الأصمّ فإنه يجوز، وقد فات جنس المنفعة بهذه العيوب، وكذا إذا أعتق مقطوع اليد والرجل من جانب واحد لا يجوز ، وإن لم يفت ها هنا جنس المنفعة، قلنا: الأصم إن كان بحيث لا يسمع أصلاً لا من القريب، ولا من البعيد، لا يجوز، وإن كان بحال إذا صيح عليه يسمع، فالقياس: أن لا يجوز وهو رواية النوادر إلا أنا استحسنّا الجواز؛ لأن أصل المنفعة باقٍ، وأما المجبوب والخصي فإن بالجب والخِصى لم يفت جنس المنفعة؛ لأن منفعة هذا العضو خروج ما في الباطن إلى الظاهر، وكل هذا لم يفت؛ لأن خروج المني إن فات بالخصي لم يفت خروج البول، وبالجب لم يفت، لا خروج المني ولا خروج البول.

(١١٨٩) ولو أعتق المجنون الذي لا يعقل لا يجوز؛ لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل فكان فائت المنافع، والذي يجنّ ويفيق يجزيه؛ لأن الاختلال غير مانع[١].

(١١٩٠) قال: وإن أعتق أحد الشريكين عبداً مشتركاً بينهما ناوياً عن كفارة يمينه، لا يجزيه عند أبي حنيفة رحمه الله سواء كان المعتق موسراً أو معسراً، اختار الساكت تضمين المعتق أو استسعاء العبد، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن كان المعتق موسراً أو ضمن نصيب شريكه يجزيه، وإن كان معسراً وسعى العبد الساكتُ في نصيبه لا يجزيه، وقال الشافعي رحمه الله: يجزيه، سواء كان المعتق موسراً أو معسراً، وهذه المسألة فرع لمسألةٍ أخرى[٢].

---

١ - الفتاوى الهندية ٥١٠/١، والفتاوى التاتارخانية ١٠/٤.

٢ - الفتاوى الهندية ٥١٠/١؛ ورد المحتار ١٣٨/٥؛ والفتاوى التاتارخانية ١١/٤.

(١١٩١) وهو: أن العتق يتجزأ أو لا يتجزأ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: يتجزأ، سواء كان المعتق معسراً أو موسراً، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يتجزأ، سواء كان المعتق موسراً أو معسراً، وقال الشافعي رحمه الله كما قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: حالة اليسار لا يتجزأ، يتجزأ حالة الإعسار، ولا ينتقص شيء من نصيب الساكت بإعتاق المعسر حتى كان للساكت بيعه وهبته وإعتاقه، وإذا كان لا يتجزأ فإذا أعتق أحدهما نصيبه عتق كله وجاز عن كفارته إذا كان موسراً؛ لأنه متى كان موسراً يملك نصيب شريكه بالضمان فصار الكل ملكاً له وقت الإعتاق فيجزيه عن الكفارة كمن ضحّى شاةً مغصوبةً، ثم ضمن للمالك فإنه يجزيه عن الأضحية؛ لأنه بالضمان ملكه من وقت الغصب، فصار مضحّياً ملك نفسه، وإن كان معسراً لا يجزيه وإن عتق الكل على ملكه حتى كان الولاء كله للمعتق فكان هذا عتقاً حصل للعبد بعوض لوجوب السعاية عليه، فلا يجزي عن الكفارة[1].

(١١٩٢) قال: وإذا اشترى أباه أو ابنه أو أمّه ناوياً عن كفارة يمينه فإنه يجزيه استحساناً، وبه أخذ علماؤنا الثلاثة رحمهم الله، وفي القياس: لا يجزيه، وبه أخذ زفر والشافعي رحمهما الله، ولم يذكر محمد رحمه الله القياس والاستحسان في كتاب الأيمان، وإنما ذكر في كتاب الطلاق[2].

---

١ – انظر للتفصيل: ملتقى الأبحر ومجمع الأنهر لداماد آفندي ٤٥١/١.

٢ – البحر الرائق لابن نجيم ١١١/٤ ومتلقى الأبحر ومجمع الأنهر ٤٥٠/١؛ وبدائع الصنائع ١٠٠/٥.

(١١٩٣) وقد روي عن عبد الله الثلجي:[١] أن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجزئ القريب عن كفارة يمينه كما لا يجوز المحلوف عليه بعتقه إذا نوى التكفير عند الشرط إلا أنّه رجع عن هذا القول وقال[٢]: لا يجزئ القريب ولا يجزئ المحلوف عليه بعتقه، هكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله.

(١١٩٤) أما إذا اشترى أخاه أو أخته أو ذا رحم محرم منه سوى الوالدين، والمولودين ناوياً عن كفارة يمينه فعلى هذا الخلاف، والخلاف في ماعدا الوالدين والمولودين يتحقق بيننا وبين زفر رحمه الله، ولا يتحقق مع الشافعي رحمه الله؛ لأن عنده لا يعتق بالقرابة ماعدا الوالدين والمولودين، ويكون القريب والأجنبي عنده سواء[٣].

(١١٩٥) وإذا قال لرجل: أعتق عبدك عني على ألف درهم من كفارة يميني فأعتقه المأمور فعلى قول علمائنا الثلاثة: يقع العتق عن الآمر ويسقط عنه الكفارة ويجب عليه ألف درهم للمأمور، وقال زفر رحمه الله: يقع العتق عن المأمور ويكون الولاء له.

ولو قال: أعتق عبدك عني بغير شيء عن كفارة يميني، فأعتقه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: يقع العتق عن المأمور، ويكون الولاء له، وقال أبو

---

١ - وفي نسخة "د" "البلخي".

٢ - وفي نسخة "ب" "صيغة الإثبات أي قال (في القول المرجوع إليه) "يجزي القريب ولا يجزي المحلوف عليه" وهكذا في نسخة "ج" و "د" وهو الصحيح الموافق للسياق.

٣ - مجمع الأنهر ١/٤٥٠.

يوسف والشافعي رحمهما الله: يقع العتق عن الآمر ويكون الولاء له ويسقط عنه الكفارة[1].

ولو قال: أعتق عبدك عن كفارة يميني و لم يقل: "بغير شيء" فأعتق، فالمسألة على هذا الخلاف إلا أن عند أبي يوسف رحمه الله: يجب القيمة على الآمر ، وإن قال: "بغير شيء" لا يجب القيمة؛ لأنه أمره بأن يقضي عنه حقاً وإعتاقاً فإذا قضى كان له الرجوع بما قضى إلا أن يقول: "بغير شيء" فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يرجع بشيء[2].

قال: ولو أن رجلاً قال: إن اشتريت فلاناً فهو حر عن يميني، ثم اشتراه ينوي به تلك اليمين، عتق عنه عن كفارة يمينه؛ لأن نية الكفارة وجدت عند علة العتق، بخلاف ما إذا لم ينو عند اليمين ونوى عند الشراء عن كفارة يمينه، فإنه لا يجزيه؛ لأنّ نية التكفير وجدت عند شرط العتق لا عند علة العتق[3].

(١١٩٦) ولو أن رجلاً اشترى أمةً قد ولدت عنه فأعتقها عن كفارة يمينه فإنه لا يجزيه؛ لأنه لم يوجد منه نية الكفارة وقت الشراء فيكون المصروف إلى الكفارة ما وراء حق العتق وإنه ناقص فلا يجزيه عن الكفارة ، كما لو أعتق أمّ ولدٍ له استولدها بملك اليمين، أو أعتق المدبر؛ لأن المصروف إلى الكفارة ما وراء حق العتق وإنه ناقص.

---

١ - الفتاوى الهندية ٥١١/١وقال: كذا في السراج الوهاج، وبدائع الصنائع ١٠٧/٥.

٢ - بدائع الصنائع ١٠٧/٥.

٣ - الفتاوى الهندية نقلاً عن المحيط ٥١٣/١.

أما إذا قال: إن اشتريتها فهي حرّة عن كفارة يميني فإنه يجزيه؛ لأنّ نية التكفير وجدت عند علة العتق لا عند شرط العتق؛ لأن حق العتق ثابت بسبب الولد، قال: ولو أن رجلاً أعتق نصف عبده عن كفارة يمينه وأطعم خمسة مساكين لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما: يجوز؛ لأن عندهما لما لم يتجزأ العتق، فإذا أعتق النصف بنية الكفارة كان بمنزلة ما لو أعتق الكل عن الكفارة ، فجعل بعد هذا متبرعاً بإطعام خمسة مساكين، وعند أبي حنيفة رحمه الله: لما كان العتق يتجزأ يصير معتقاً نصف الرقبة عن الكفارة ونصف الرقبة عن الكفارة لا يجزيه، وتكميل العتق بالإطعام متعذّر؛ لأن تكميل الشيء إنما يكون بنفسه وجنسه ولا مجانسة بين العتق والإطعام؛ لأن أحدهما إسقاط والآخر تمليك، والتمليك مع الإسقاط جنسان مختلفان معنىً، وإذا تعذّر التكميل بقي كل واحد منهما ناقصاً فلا يجوز[1].

(١١٩٧) بخلاف ما إذا أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين فإنه يجوز، ويكمّل أحدهما بالآخر، وللشافعي رحمه الله ثلاثة أقوال: في قول: لا يجوز، وفي قول: يجوز إذا كان النصف الباقي من كل الرقبة حراً و في قول: يجوز، سواء بقي النصف الباقي رقيقاً أو حراً.

قال: إن رجلاً اشترى عبداً بيعاً فاسداً فقبضه ثم أعتقه عن كفارة يمينه جاز؛ لأنه أعتق ما يملكه؛ لأن شراء الفاسد يوجب الملك بالقبض على ماعرف.

---

١ - انظر: بدائع الصنائع ١٠٧/٥.

بيان تداخل الكفارات

(١١٩٨) قال: وإذا وجب على الرجل كفارتان أو ثلاث كفارات من جنس واحد، فأعتق ثلاث رقاب جملةً أو متفرقةً، ناوياً عن الكفارات كلها ولم يبيّن بأن هذه الرقبة من هذه اليمين أو من تلك اليمين فإنه يجزيه استحساناً في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله وفي القياس: لا يجزيه، وهو قول زفر رحمه الله.

وجه القياس: لما أعتق رقبة ولم يعيّن، انقسمت الرقبة على الكفارات كلها لانتفاء الأولوية، وإذا انقسمت الرقبة الأولى على الثلاث فكذا الثانية والثالثة يصير معتقاً عن كل كفارة رقبة من ثلاثة أشخاص فلا يجزيه، كما إذا كانت الكفارات من أجناس مختلفة وكما إذا كان عليه كفارة واحدة فأعتق رقبة من ثلاث رقاب فإنه لايجوز، وإن كان عليه ثلاث كفارات من أجناس مختلفة فعلى قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله: إذا أتى بعدد الواجب ناوياً عن الكفارات لكن لم يعيّن كله عن كل كفارة، فإنه لا يجزيه، وقال الشافعي رحمه الله: يجزيه[١].

وإذا حنث العبد في يمينه لا يجوز تكفيره إلا بالصوم، فإن كفّر عنه مولاه لا يجزيه أيضاً، سواء كفّر عنه بأمره أو بغير أمره[٢]؛ لأنّ العبد ليس من

---

١ - انظر للتفصيل: بدائع الصنائع للكاساني ٩٩/٥؛ والفتاوى التاتارخانية ١١/٤.

٢ - الفتاوى الهندية نقلاً عن النهر الفائق ٥١٢/١ والفتاوى التاتارخانية نقلاً عن الذخيرة ٦٥/٥.

أهل التملك والملك حتى يجعل القدر المؤدّى ملكاً له، وإذا لم يكن كذلك يكون الكفّارة ملكاً لمولاه، والكفّارة إنّما تتأدى بملك المكفّر لا بملك غيره، هذا إذا كفّر اليمين بتحرير الرقبة، أما إذا كفّر بالإطعام فهذا على وجهين: إمّا أن كفّر على وجه التمليك، أو على وجه الإباحة، فإن كفّر على وجه التمليك فوظيفة التمليك مقدر بنصف صاع من الحنطة، أو صاع من الشعير، أو التمر، ولو أدّى بدل الحنطة والتمر والشعير من دقيق، أو سويق يجوز عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله كما في صدقة الفطر .

[الإطعام]

(١١٩٩) وقال بعض العلماء رحمهم الله: التكفير بالإطعام على وجه التمليك لا يجوز واحتج بظاهر قوله: ﴿ فَإِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِيْنَ ﴾[1].

لأن الإطعام في حقيقة اللغة: عبارة عن إيصال الطعام إلى جوف الغير؛ لأنه متعدٍ من طَعِمَ يَطْعَمُ والطعم: عبارة عن إيصال الطعام إلى نفسه، فيكون الإطعام: عبارة عن إيصال الطعام إلى جوف الغير بوضع اللقمة في فيه، أو بالصب في حلقه، والحقيقة غيرمراد، إما لأنه متعذر، وإما لأن ما هو المراد فهو المتعارف بين الناس، وإذا لم يكن الحقيقة مراداً كان المراد منه هو التسليط والتمكين من الأكل على وجه لا يكون فيه تمليك؛ لأن حقيقة الإيصال لو كان مراداً لا يكون فيه تمليك لانقطاع حق المالك عند وضع اللقمة في فيه فيجعل

١ - [المائدة /٨٩]

عبارة عن التسليط من حيث الإباحة، وإذا صار التسليط على الأكل بالإباحة مراداً لا يكون التمليك مراداً؛ لأن الحقيقة والمجاز لا يجتمعان تحت لفظ واحد، وأصحابنا رحمهم الله قالوا: الإطعام: عبارة عن التسليط على الأكل فقوله: ﴿ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ ﴾[1] كأنه قال: فسلّطوا عشرة مساكين على أكل الطعام.

ولو قال: هكذا، يتناول التمليك والإباحة جميعاً؛ لأن التسليط على الأكل يقع بالنوعين، فيتناول عموم المجاز لا جمعاً بين الحقيقة والمجاز تحت لفظ واحد، كما لو حلف وقال: عبده حرٌ يوم يقدم فلان فإنه يعتق عبده، قدم فلان ليلاً أو نهاراً باعتبار عموم المجاز؛ لأن اليوم صار عبارةً عن الوقت مجازاً بعرف الاستعمال، فكأنه قال: عبده حر وقت يقدم فلان ، ولو قال: هكذا، دخل الليل والنهار تحت اللفظ، عملاً بعموم المجاز لا جمعاً بين الحقيقة والمجاز تحت لفظ واحد، ولأنه شبّه هذا بإطعام الأهل، وإطعام الأهل كما يتأدى بالإباحة يتأدى بالتمليك.

(١٢٠٠) وإذا أطعم طعام عشرة مساكين بطريق الإباحة بأن غدّاهم أو عشّاهم فإنه يجزيه عندنا، وقال الشافعي: لا يجزيه، وإذا أراد أن يطعم طعام الإباحة فإنه يجزيه إذا غدّاهم وعشّاهم، أما إذا غدّاهم أو عشّاهم لا غير فإنه لا يجزيه، وقال الحسن البصري رحمه الله: يجزيه، احتج بظاهر قوله: ﴿ فَإِطْعَامُ

---

١ - [المائدة /٨٩]

عَشَرَةِ مَسَاكِيْنَ ﴾ فإذا أطعم كل مسكين لقمةً واحدةً، ينبغي أن يخرج عن عهدة الأمر إلا أنا زدنا على اللقمة ما يقع به الكفاية في اليوم، والكفاية في اليوم تحصل بالمرة الواحدة وعلماؤنا رحمهم الله قالوا: إن الكفاية في الغالب تقع بمرتين ، ولهذا قدّر الشرع في التمليك من الحنطة نصف صاع ونصفه ظاهراً وغالباً يؤكل مرتين، ولأنه شبّه بطعام الأهل، وطعام الأهل في الغالب أن يكون مرتين[1].

(١٢٠١) ثم إذا أراد أن يغدّيهم ويعشّيهم فالمستحب له أن يغدّيهم ويعشّيهم بخبز معه إدام اعتباراً بطعام الأهل، وإن أعطاهم خبزاً من غير إدام يجزيه عندنا، وقال بعض العلماء رحمهم الله: لا يجزيه؛ لأن الواجب عليه أدون الطعام وأدون الطعام، ما يكون مع الإدام[2]، فإنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: إن أدون ما يطعم الرجل أهله الخبز مع التمر ، وأوسطه الخبز مع الزيت ، وأعلاه الخبز مع اللحم.

(١٢٠٢) ثم المعتبر في طعام الإباحة: الشبع، ولا عبرة لمقدار الطعام، حتى روي عن أبي حنيفة أنّه قال: إذا قدّمت ثلاثة أرغفة بين عشرة مساكين وشبعوا جاز ذلك، وإن لم يبلغ ذلك إلا صاعاً أو نصف صاع.

وإن كان أحدهم شبعاناً اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يجوز إن تناول وأكل شيئاً؛ لأن طعام العشرة قد وجد وقد شبعوا، وبعضهم قالوا: لا

---

١ - انظر للتفصيل: بدائع الصنائع ١٠٢/٥-١٠٣؛ والفتاوى التاتارخانية ١٥/٤.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ١٦/٤، وفيه: وإن لم يبلغ ذلك صاعاً أو نصف صاع.

يجوز؛ لأنّ المأخوذ عليه أن تشبع عشرة مساكين وهؤلاء تسعة؛ لأن الواحد منهم شبعان[1].

قال: وإذا أفرط إنسان في الأكل فأكل في الغداء والعشاء مقدار أكلتين لا يجوز إلا عن أكلة واحدة؛ لما ذكرنا أنه مقدر بأكلتين مشبعتين.

قال: وإذا دعا عشرة مساكين، أحدهم صبي فطيم أو فوق ذلك سناً لا يجزيه؛ لأن الكفارة شرعت للردع، والزجرُ لا يقع بإطعام الصّبي، ولأنه لو جاز أن يكون الواحد صبياً جاز أن يكون العشرة كذلك، فمتى كانت العشرة كذلك يشبعون بشيء يسير من الطعام فلا يقع الزجر والردع[2].

(١٢٠٣) قال: ولو أعطى عشرة مساكين كل مسكين مداً من حنطة لا يجوز؛ لأن المأخوذ عليه في الكفارة سد عشر جوعات، وبما فعل لم يحصل[3].

(١٢٠٤) وإن أخرج خمسة أصوع حنطة من ملكه إلى عشرين مسكيناً لا يجوز أيضاً؛ لأن المأخوذ عليه في الكفارة شيئان: مراعاة عدد المساكين ومراعاة وظيفة كل مسكين، ووظيفة كل مسكين فيها مقدر بنصف صاع من حنطة فمتى دفع إلى عشرين فقد أخلى[4] بمقدار وظيفة كل مسكين

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤/١٥-١٦.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤/١٦، والفتاوى الهندية ١/٥١٤.

٣ - بدائع الصنائع ٥/١٠٢، والفتاوى الخانية على هامش الهندية٢/١٩.

٤ - اتفقت النسخ الأربعة على لفظ "أخلى" ليس في أحدها "أخلّ"، فتدبّر.

إن لم يخل بمقدار عدد المساكين، ولو أخلى بمقدار عدد المساكين لم يجز، فكذا إذا أخلى بوظيفة كل واحد منهم بخلاف صدقة الفطر، فإنه إذا صرف إلى مسكين أو ثلاثة جاز ذلك؛ لأن المأخوذ عليه مراعاة قدر الوظيفة لا مراعاة عدد المساكين.

قال: ولو أعطى مسكيناً واحداً خمسة أصوع لم يجز؛ لما ذكرنا أن الواجب عليه سد عشر جوعات، وفي المنتقى: روى إبراهيم[1] عن محمد رحمهم الله: إذا غدّاهم في يوم وعشّاهم في يوم كان أبو يوسف رحمه الله يقول: لا يجوز إلا أن يكون في يوم واحد، قال المعلّى: فقد أجازه أبو يوسف رحمه الله، ولو غدّاهم وأعطاهم مدّاً مدّاً مكان العشاء لا يجزيه.

(١٢٠٥) قال صاحب الذخيرة رحمه الله: ولو أعطى مسكيناً واحداً طعام عشرة مساكين في عشرة أيام يجوز عند علمائنا رحمهم الله، وقال الشافعي: لا يجزيه، ورواية[2] في موضع آخر: كان أبو يوسف رحمه الله مرة يقول: يجوز، ومرةً يقول: لا يجوز، وكان يقول: مسكين واحد لا يكون عشرة مساكين[3].

(١٢٠٦) قال: ولو أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين فهذا على وجهين: إمّا أن يكون الطعام طعام تمليك، أو طعام إباحة، فإن كان طعام

---

١ - هو أبو بكر إبراهيم بن رستم المروزي قد مرت ترجمته في المجلد الأول /١٠٥.

٢ - وفي نسخة "ب" "رأيت".

٣ - انظر: بدائع الصنائع ١٠٤/٥-١٠٥.

تمليك فإنه يجوز أيهما كان أغلى والآخر أرخص، فيجعل الأغلى بدلاً عن الأرخص، حتى يتم به وظيفة العشرة من الأرخص ولا يجعل الأرخص بدلاً عن الأغلى؛ لأن المكفّر بما أدى قصد إسقاط الواجب عن ذمته، وإنّما يحصل هذا المقصود إذا جعل الأغلى بدلاً عن الأرخص[1].

أما إذا كان الطعام طعام إباحة إن كانت الكسوة أغلى من الطعام يجوز؛ لأنّ في الكسوة ما في طعام الإباحة وزيادة شيء، وإن كان الطعام أغلى من الكسوة لا يجوز؛ لأنه لا يتم وظيفتهم من الطعام، ولا يمكن أن يجعل الطعام بدلاً عن الكسوة؛ لأنّ الطعام طعام إباحة، والإباحة لا تنوب عن التمليك، وهذا كلّه عند علمائنا رحمهم الله ، وعند الشافعي رحمه الله: لا يجوز عن أحدهما كيف ما كان.

(١٢٠٧) وهذه المسألة فرع لمسألة أخرى: وهو أن أداء القيمة عن المنصوص عليه في الحقوق المالية يجوز عندنا، وعنده: لا يجوز[2].

(١٢٠٨) قال: ولو أن رجلاً أطعم خمسة مساكين في كفارة يمينه، ثم صار معسراً كان عليه أن يستقبل التكفير بالصوم؛ لأن تكميل أحدهما بالآخر غير ممكن لاختلافهما صورةً ومعنىً؛ لأن معنى العبادة في الصوم إنما هو الكفّ عن قضاء الشهوة "ومعنى العبادة" في الطعام: سد خلة المحتاج، ولا موافقة بينهما صورةً ومعنىً.

---

١ - المصدر السابق ٥/١٠٦-١٠٧، والفتاوى التاتارخانية نقلاً عن الأصل ٥/٦٣.

٢ - انظر: هذه المسألة مفصّلةً في بدائع الصنائع ٥/١٠٦-١٠٧، وفي التاتارخانية نقلاً عن الأصل ٥/٦٣-٦٤.

(١٢٠٩) قال: ولو أن رجلاً عليه كفارة اليمين أو القتل فلم يجد شيئاً ما يكفّر به، وهو شيخ كبير و لم يصم حتى صار فانياً لا يجوز له الفدية؛ لأنّ صوم الكفارة بدل عن المال، ولهذا لا يجوز المصير إلى الصوم إلا عند العجز عن التكفير بالمال، والفدية لا يجوز إلا عن صوم هو أصل بنفسه؛ لأن جواز الفدية عرف نصاً بخلاف القياس؛ لأن إقامة الطعام مقام الصيام أمرٌ لا يهتدي إليه العقل لانعدام الموافقة بينهما في المعنى[1].

(١٢١٠) وإن أوصى بأن يكفّروا عنه في كفارة اليمين كفّروا عنه بالطعام أو بالكسوة، وفي كفارة القتل كفّروا عنه بالإعتاق؛ لأن عند وجود الوصية يبقى التركة على حكم ملك الميت فصار فعل الوارث بأمره كفعله بنفسه، وليس لهم أن يطعموا عنه مكان الصيام؛ لأن الميت لو أطعم بنفسه مكان الصيام لا يجوز، فكذا الوارث.

ذكر في كفارة اليمين الإطعام والكسوة و لم يذكر الإعتاق؛ لأنه ذكر التكفير فيلزمهم أدنى ما يكفّر به، وذكر الإعتاق في كفارة القتل؛ لأن كفارة القتل إنما هو الإعتاق والصوم، وتكفيره عنه بالصوم لا يمكن فتعيّن الإعتاق، هذا إذا أوصى، فإن كفّروا عنه بغير وصية يجوز تبرّع الورثة بالإطعام والكسوة إن شاء الله تعالى، ولا يجوز بالإعتاق؛ لأن في الإعتاق إلزامَ الولاء على الميت، وليس لأحد ولاية إلزام الولاء على الميت في الإطعام والكسوة إلزام شيء على

---

١ - بدائع الصنائع ١١٢/٥.

الميت[1] ولايجوز الإطعام في كفارة القتل؛ لأنه غير مذكور في النص فلا يمكن إثبات ذلك قياساً.

قال: ولو أوصى أن يطعموا عنه في كفارة الأيمان يصح من الثلث؛ لأن حقوق الله تعالى لا يتعلق بالتركة عندنا إلا بإيجابه، وما لايتعلق بالتركة إلا بإيجابه يعتبر من الثلث كسائر الوصايا، وعند الشافعي رحمه الله: يعتبر من جميع المال؛ لأن حقوق الله تعالى عنده يتعلق بالتركة من غير إيجابه كحقوق العباد.

قال: ولو أوصى بأن يعتق عبداً عن كفارة يمينه إن كان العبد يخرج من ثلث ماله يجزيه، وإن كان لا يخرج من ثلث ماله يعتق ثلثه ولا يجزيه عن الكفارة، كما لو أعتق بنفسه في مرض موته، هذا إذا اختار التكفير بالإطعام، أما إذا اختار التكفير بالكسوة فأعطى كل مسكين نصف ثوب، أو أعطى ثوباً لعشرة مساكين لم يجزه عن الكسوة؛ لأن وظيفة كل مسكين ثوب تامّ.

(١٢١١) والكسوة المعتبرة في التكفير: إنما هو الإزار أو الرداء أو القميص أو القباء أو الكساء، والمراد من الإزار المُلاءة ، لأن الإزار متى ذكر مطلقاً يراد به ذلك في عرف لسانهم[2].

(١٢١٢) ثم إنّ محمداً رحمه الله ذكر القميص والجبة والقباء، و لم يذكر فيه حال القابض، هل يعتبر فيه أم لا؟ قال بعض مشايخنا رحمهم الله:

---

١ - هكذا في نسخة "أ" و "ب" (وسقطت العبارة عن "ج" ، والسياق يقتضى أن تكون العبارة: وليس في الإطعام والكسوة إلزام شيء على الميت، والله أعلم بالصواب.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٦١-٦٢، وبدائع الصنائع ٥/١٠٥.

يعتبر فيه حال القابض حتى إذا كان الثوب لا يصلح لا يجوز، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: يعتبر فيه الوسط إن كان بحال يصلح لأوساط الناس يجوز، وما لا فلا، قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: هذا القول أشبه بالصواب[1].

وأما العمامة ذكر في ظاهر الرواية: أنه لا يجوز، وبعض مشائخنا رحمهم الله قالوا: إن كانت العمامة بحالٍ يمكنه أن يلفّ في البدن يجوز، وما لا فلا[2].

وإذ لم يجزه عن الكسوة هل يجزيه عن الطعام، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن في ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله إن كان يبلغ قيمته قيمة طعام عشرة مساكين يجزيه، نوى أن يكون بدلاً عن الطعام أو لم ينو، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا نوى يجزيه وإن لم ينوه لا يجزيه[3]، قال الحاكم الشهيد: ذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف رحمه الله[4] في المنتقى: أنه قال: لا

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٦١-٦٢.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٦٢.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٦٢.

٤ - علي بن الجعد بن عبيد أبو الحسن الجوهري، كان من أصحاب أبي يوسف، ولد سنة ست وثلاثين ومائة، ورأى الإمام أبا حنيفة وحضر جنازته ومات سنة اثنتين وثلاثين ومائتين وروي عنه البخاري وأبو داود ويحيى بن معين وأبو بكر ابن أبي شيبة وأبو زرعة وخلق آخر، قال ابن معين: ثقة صدوق ، وقال أبو حاكم: مؤمن صدوق (الفوائد البهية ملخصاً ١١٩-١٢٠).

يجزئ الطعام عن الكسوة ولا الكسوة عن الطعام من غير فصل بين ما إذا نـوى أو لم ينو، وقال زفر رحمه الله: لا يجزيه إن لم ينو؛ لأن كل واحـد منـهما منصوص عليه في الكفارة، وما كان منصوصاً عليه في باب لا يصلح بدلاً عـن غيره في ذلك الباب كالتمر مع الحنطة في صدقة الفطر، فإنه لو أدّى نصـف صاع من تمر يبلغ قيمته قيمة صاع من برّ لا يجوز[1].

[الصوم]

(١٢١٣) وأما بيان من يجوز منه التكفير بالصوم قال: من يجوز له التكفـير بالصوم :هو المعسر ومن لا يجوز: فهو الموسر.

والموسر في كفارة اليمين من له فضل عن كفافه مقدار ما يكفّر به يمينه إذا لم يكن في ملكه عين المنصوص عليه، أما إذا كان في ملكه عبـدٌ واحـدٌ وكسوة عشرة مساكين، أو إطعام عشرة مساكين لا يعتبر الإعسار واليسـار ولا يجزيه الصوم؛ لأنّ الله تعالى شرع الصوم في حق من لا يقدر على التكفـير بأحد الأشياء الثلاثة، وهو قادر على ذلك فلم يكن التكفير بالصوم مشـروعاً في حقه، وإن لم يكن في ملكه عين المنصوص عليه حينئـذٍ يعتـبر الإعسـار واليسار[2].

وقد ذكر الصدر الإمام الأجلّ برهان الأئمة صاحب المحيط رحمـه الله في كفارة الظهار: أن من ملك رقبةً لزمه العتق، وإن كان يحتاج إليها، ففـي

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٦٣/٥.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥٧/٥.

كفارة اليمين يكون كذلك، وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا كان للرّجل فضل عن مسكنه، أو كسوته، أو خدمته، فعليه الطعام في كفارة اليمين ولا يجزيه الصوم، ويعتبر أن يكون ذلك الفضل مائتي درهم فصاعداً، وفي روايةٍ: مقدار ما يشتري به طعام عشرة مساكين، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله في المجرّد: إذا كان للرجل قدر ما يشتري به طعام عشرة مساكين لم يجزه الصوم، وعن ابن مقاتل رحمه الله: أن من له قوت يوم وليلة لا يجزيه الصوم في كفارة اليمين، إن كان الطعام الذي عنده مقدار طعام عشرة مساكين، وقيل: إن كان عنده أقل من قوت شهر فإن له أن يصوم، وعن محمد رحمه الله: إن كان هو ممن يعمل بيده يحبس قوت يوم، وإن كان ممن لا يعمل بيده يحبس قوت شهر ، وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا كان عليه ثياب البدن وليس له مسكن ويسأل الناس ما يأكل وكان له خادم لا يجوز له الصوم في كفارة اليمين، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه قال: إذا لم يكن عنده إلا قدر طعام يجوز به الكفارة، أو دراهم أو دنانير، مقدار ما يشترى به ذلك لا يجزيه الصوم[1].

ولو كان له عروض أو أوانٍ ما لا يبلغ قيمة الطعام جاز له الصوم ما لم يكن الفضل عن الكفاف مقدار ما يبلغ قيمة الطعام، وإن كان له مال غائب، أو دين على الناس، ولا يجد من يعتق، ولا ما يكسو، ولا ما يطعم، أجزأه الصوم، هكذا ذكر محمد رحمه الله، قالوا: تأويله في مسألة الغيبة: إذا لم يكن

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٧-٥٨.

في مال الغائب مملوك يجزئ عن الكفارة، أما إذا كان في مال الغائب مملـــوك يجزئ عن الكفارة، لا يجزيه الصوم؛ لأن التكفير بالصوم شرع في حق مـــن لا يقدر على التكفير بأحد الأشياء الثلاثة، والغيبة لا تنافي القدرة على الإعتـــاق، وتأويله في الدين: إذا كان الدين على معسر لا يقدر على الأداء، أما إذا كـــان الدين على ملي يقدر على الأداء إن تقاضاه قدر عليه، لم يجزه الصوم، هكـــذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله، وكذا قالوا في امرأة إذا لزمتها الكفـــارة ولها على الزوج مهر وزوجها قادر على الأداء: لم يجزها الصوم[1].

ولو كان له مال وعليه ديون كثيرة مثل ماله أو أكثر، أجزأه الصـــوم بعد ما يقضي دينه من ذلك المال، هكذا ذكر محمد رحمه الله، أما قبل قضـــاء الدين اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، وإنما اختلفوا؛ لأن محمدا رحمه الله ذكـــر في الأصل ما يدل على القولين، أما الذي يدل على عدم الجواز قوله: "بعد مـــا يقضي دينه من ذلك المال" وأما الذي يدل على الجواز، تعليله بحل الصدقة لـــه، وفي المنتقى: روى إبراهيم عن محمد رحمهما الله: إذا كان على الرجل عشـــرة دراهم دينا، وعنده عشرة دراهم عينا وعليه كفارة يمـــين، قـــال: لا يجزيـــه الصوم[2].

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله: إذا كان على الرجل دين كثير وله ما يقدر على أن يطعم به: لم يجزه الصوم[3].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨-٥٩.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩.

وإنما يعتبر اليسار والإعسار عند حالة الأداء حتى إذا حنث وهو معسر. وأخّر الصوم حتى أيسر، أو أصاب عبداً فإنه لا يجزيه الصوم، بَلَغَنا ذلك عن ابن عباس وإبراهيم النخعي رضي الله عنهما[1].

[كفارة الظهار]

(١٢١٤) وأما كفارة الظهار قال: كفارة الظهار منهية لحرمة الاستمتاع الموقتة إلى غاية التكفير[2]، وإنما تضاف الكفارة إلى الظهار؛ لأنها شرعت غايةً للحرمة؛ لأنها لم تشرع إلا لإثبات الحل، والغاية صفة للحكم المحدود إليها، فلم يكن مقصوداً بنفسها فلا يجوز إيجابها مقصوداً بنفسها، كالطهارة في باب الصلاة لا تجب مقصوداً بنفسها بدون إرادة الصلاة، والظهار لا يوجب الكفارة؛ لأنه منكر من القول وزور، وكبيرة محضة، والكبيرة المحضة لا تصلح سبباً للكفارة بل توجب حرمة الاستمتاع، لأن لفظ الظهار موضوع للتحريم في أصل الوضع وكان طلاقاً في الجاهلية، فقرّر الشرع أصله، ونقل حكمه إلى تحريم مؤقّت بالكفارة غير مزيل للنكاح، فناسب أن يكون الكفارة رافعةً للحرمة وغايةً لها، فإن كفّر قبل العود صح من حيث أنه غاية كالمحدث إذا تطهر قبل إرادة الصلاة.

[من يجوز ظهاره]

(١٢١٥) والظهار جائز من كل من جاز طلاقه، وكلّ من مَلَكَ التحريم بالطلاق، مَلَكَ التحريم بالظهار.

---

١ – الفتاوى التاتارخانية ٥٩/٥ ، نقلاً عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة.

٢ – الفتاوى الهندية ٥٠٦/١؛ والفتاوى التاتارخانية ٢/٥، ومجمع الأنهر ٤٤٨/١.

[تعليق الظهار بشرط]

(١٢١٦) ولو علّق الظهار بشرط ثم أبانها، ثم وجد الشرط لم يثبت الظهار؛ لأنها لم تبق محلاً للظهار حال وجود الشرط، بخلاف ما إذا علّق البينونة بالشرط؛ لأن البينونة إذا تعلقت تضمنت بالطلاق، فيلحقها الطلاق، وإذا صحّ الظهار حرمت المرأة عليه حتى يكفّر؛ لأن الكفارة جعلت وقتاً للظهار فلا ينتهي الحرمة دون ذلك الوقت، ولو كفّر بعد ما بانت المرأة منه، أو بعد ما تزوّجت بزوج آخر جاز؛ لأن الكفارة مُنهية للحرمة، وإنهاء الحرمة لا يستدعي قيام الملك[1].

[ما يتحقق به الظهار]

(١٢١٧) قال: وإن شبّه الرجل امرأته، وقال: "أنت عليّ كظهر أمّي أو شبّه عضواً منها بعضو يعبّر به عن جميع البدن، أو جزءاً شائعاً، يكون ظهاراً، نوى أو لم ينو، وإن ذكر عضواً لا يعبّر به عن جميع البدن، لم يثبت الظهار عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله[2].

وإن شبّه امرأته بعضو من أمّه سوى الظهر، أو شبّه بذوات المحارم كالأخت والعمّة والخالة، أو من حرمت عليه بالرضاع، أو بالصهريّة وكان مما لا يجوز النظر إليه كالبطن والفخذ والفرج فهو ظهار؛ لأن الظهار تشبيه المحلّلة

---

١ - الفتاوى الهندية ٥٠٦/١.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤-٥.

بالمحرّمة[1]، ولو شبّهها بامرأة زنى بها أبوه أو ابنه، فهو مظاهر في قول أبي يوسف، وقال محمد رحمه الله: لا يكون مظاهراً، والشافعي رحمه الله مال إلى قول محمد رحمه الله[2]، ولو قبّل أجنبيةً بشهوة، أو نظر إلى فرجها بشهوة، ثم شبّه زوجته بابنتها لم يكن مظاهراً في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يكون مظاهراً[3] وإن شبّهها بامرأة تحل له في حالة أخرى كأخت امرأته أو امرأة لها زوج لم يكن مظاهراً؛ لأنها ليست محرمة على التأبيد[4].

ولو قال لها: "أنت عليّ كظهر أمك" يكون ظهاراً ، ولو قال: "كظهر ابنتك" إن كان قد دخل بها يكون ظهاراً وإلا فلا[5]، وإن شبّهها بامرأة الابن أو الأب، يكون ظهاراً[6].

[النية في الظهار]

(١٢١٨) ولو قال: "أنت عليّ كأمي" أو "أنت عليّ كمثل أمي" يرجع إلى نيته، فإن نوى البر والكرامة لا يلزمه شيء، وإن نوى الظهار فهو ظهار؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه[7].

---

١ – الفتاوى الهندية نقلاً عن الجوهرة النيرة ٥٠٦/١.

٢ – الفتاوى الهندية نقلاً عن الظهيرية ٥٠٦/١.

٣ – الفتاوى الهندية نقلاً عن المحيط ٥٠٦/١، والفتاوى التاتارخانية ٢/٤.

٤ – الفتاوى التاتارخانية ١/٤-٢.

٥ – الفتاوى الهندية نقلاً عن السراج الوهاج ٥٠٦/١.

٦ – الفتاوى الهندية ٥٠٦/١.

٧ – الفتاوى الهندية وقال: كذا في فتح القدير ٥٠٧/١، والخانية ٥٤٢/١.

(١٢١٩) وإن لم ينو شيئاً، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: لا يلزمه شيء، وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله: أنه إيلاء[١]؛ لأنه شبّهها بالحرام، فصار كأنه قال لها: "أنتِ عليّ حرام"، ولم ينو شيئاً، وعنه في رواية: أنه ظهار، وهو قول محمد رحمه الله، ولو قال: "أنت عليّ حرام كظهر أمي"، لم يكن إلا ظهاراً، وإن نوى الطلاق يكون طلاقاً، وإن نوى الظهار يكون ظهاراً؛ لأنه شبّهها بالأمّ وصرّح بالحرمة، والتشبيه بالأمّ يحتمل الظهار، وإن نوى الإيلاء يكون إيلاءً؛ لأن قوله: "أنت عليّ حرام" يحتمل حرمة الإيلاء، وإن لم ينو شيئاً يكون ظهاراً وهو قول محمد رحمه الله، وروى بشر عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله: أنه إيلاء، وعن أبي حنيفة رحمه الله في رواية: أنه ظهار كما هو قول محمد رحمه الله.

قال الجصاص رحمه الله: الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله هذا[٢].

---

١ - الفتاوى الهندية، ونقل تفصيل هذه المسألة عن الفتاوى الخانية وغاية البيان والجامع الصغير ١/٥٠٧.

٢ - قال المصنف رحمه الله: قال الجصاص رحمه الله الخ وهكذا في التاتارخانية حكايةً عن الخانية ٤/٤، نسب التصحيح إلى الجصاص وفي الفتاوى الهندية نسب التصحيح إلى الخصاف رحمه الله، فقال: وذكر الخصاف: الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله ما قال محمد رحمه الله، كذا في فتاوى قاضي خان (الهندية ١/٥٠٧).

فقابلناه من الخانية فوجدنا أنه نسب هذا القول إلى الخصاف فقال: "وذكر الخصاف رحمه الله: الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله ما قال محمد رحمه الله" (الخانية على هامش الهندية ١/٥٤٢).

قال: ولو ظاهر من امرأته ثم قال لامرأةٍ له أخرى: "أنت عليّ مثل هذه ينوي الظهار فهو ظهار[1].

وكذا إذا قال رجل لامرأته: "أنت عليّ مثل امرأة فلان عليه" ينوي الظهار كان مظاهراً، وإن لم ينو الظهار لا يلزمه شيءٌ[2].

قال: وإن ظاهر من واحدةٍ ثم قال لأخرى: أشركتكِ في ظهار فلانة، كان مظاهراً منها؛ لأن إشراك هذه في ظهار فلانة إيجاب جزء من الحرمة التي أوجبها لفلانة[3]، وإيجاب جزء من الحرمة إيجاب الجميع؛ لأن الحرمة لا تتجزأ[4].

قال: ولو ظاهر من امرأته، وهي أمة الغير ثم اشتراها، لم يكن له أن يقربها حتى يكفّر، وكذا إن أعتقها ثم تزوجها[5].

قال: ولو ظاهر من أمته أو أم ولده، لا يحرم عليه وطؤها؛ لأن آية الظهار وردت في النساء المضافة إلينا، والأمة ليست من النساء المضافة إلينا، ولا في معناها؛ لأن حل الوطء في النكاح مقصود، وفي ملك اليمين تبع، فالنص الوادر ثمة لا يكون وارداً ههنا[6].

---

١ – الفتاوى التاتارخانية ٧/٤.

٢ – الفتاوى التاتارخانية ٧/٤؛ والفتاوى الهندية نقلاً عن المحيط ٥٠٩/١.

٣ – وفي نسخة "أ" (إفادته) وهو خطأ.

٤ – الفتاوى التاتارخانية ٧/٤، والفتاوى الهندية ٥٠٩/١.

٥ – الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٥٤٤/١.

٦ – الفتاوى الخانية بهامش الهندية ٥٤٣/١.

وكذا إذا ظاهرت من زوجها لا يلزمها الكفارة، كما لو أضافت، وقال أبو يوسف رحمه الله: يلزمها الكفارة، وروي عن الحسن بن زياد رحمهما الله: أنه قال: يلزمها كفارة اليمين[1].

قال: ولو قال لامرأته: "إذا دخلتِ الدار فأنتِ عليّ كظهر أمي" ثم طلّقها، ثم دخلت الدار في العدة، لا يلزمه الظهار؛ لأنه لو نجّز الظهار في هذه الحالة لا يصح، فكذا إذا صار المعلّق منجزاً عند الشرط[2].

[تعليق الظهار بالمشيئة]

(١٢٢٠) قال: ولو قال: "أنتِ عليّ كظهر أمّي إن شاء الله" لا يلزمه شيء، ولو قال: "إن شاء فلان أو شئت" فهو على المشيئة في الحال[3].

[توقيت الظهار]

(١٢٢١) قال: ولو ظاهر امرأةً معلومةً يوماً أو شهراً، ثم مضى الوقت سقط الظهار، وقال الشافعيّ رحمه الله: الحكم الثابت بالظهار لا يقبل التوقيت كالحكم الثابت بالطلاق[4].

[الظهار المعلّق على التزويج]

(١٢٢٢) قال: ولو قال لأجنبيّة: "إذا تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمّي" فتزوجها يكون مظاهراً، ولو قال: "إذا تزوجتك فأنت طالق"، ثم قال:

---

١ - الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٥٤٣/١.

٢ - الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٥٤٤/١.

٣ - الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٥٤٣/١.

٤ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤.

"إذا تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمّي" فتزوجها، يلزمه الطلاق والظهار جميعاً؛ لأنهما يقعان في حالة واحدةٍ، وكذا لو قال: "إذا تزوجتك وأنت عليّ كظهر أمّي" فتزوجها يقع الطلاق ولا يلزمه الظهار في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لزماه جميعاً، وهذا بناءً على أن الترتيب في التعليق يوجب الترتيب في النزول عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا يوجب، فإذا وقع الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله، صارت مُبانةً والمبانة لا تكون محلاً للظهار، أما إذا نزل[1] الظهار أولاً فسبق الظهار لا يخرجها من أن يكون محلاً للطلاق، فيقع الطلاق أيضاً[2].

قال: وإن ظاهر من امرأته مرتين أو ثلاثاً في مجالس مختلفة، فعليه لكل ظهار كفّارة، وكذا إن ظاهر منها في مجلس واحد ثلاث مرّات، وكذا إذا ظاهر الرجل من أربع نسوة، فعليه أربع كفّارات؛ لأن الكفارة غاية لرفع الحرمة، والحرمات أربع، فيحتاج كل حرمة إلى غايتها لتنتهي، كمن طلّق أربع نسوة ثلاثاً دفعةً واحدةً، لا تحل واحدة منهن حتى تنكح كل امرأة زوجاً آخر، وعند الشافعي رحمه الله: لا يلزمه إلا كفارة واحدة[3].

---

١ – وفي نسخة "ب" (نوى) محل (نزل).

٢ – الفتاوى الخانية بهامش الهندية ٥٤٣/١.

٣ – مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٤٤٩/١، والفتاوى الهندية ٥٠٩/١، والفتاوى الخانية ٥٤٣/١.

[ظهار المسلم والذمي والمرتد]

(١٢٢٣) قال: وإذا ظاهر المسلم، وهو حر أو عبد، وزوجته حرة أو أمة أو مسلمة أو كتابية، كبيرة أو صغيرة فهو مظاهر؛ لأنه ظاهر من زوجته[١].

(١٢٢٤) وإن كان الزوج ذمياً فظهاره باطل، لأن الظهار يوجب الحرمة إلى غاية الكفارة، فاعتبر الإسلام ابتداءً ليثبت حرمته بهذا الوصف، واعتبر عند التكفير ليصح التكفير، والذّمي ليس بأهل للتكفير بالصوم فلا يصح ظهاره[٢].

(١٢٢٥) وإذا ظاهر المسلم من امرأته، ثم ارتد -والعياذ بالله- ثم أسلم، فهو على ظهاره في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يبطل ظهاره بطريان الردة كاليمين بالله تعالى[٣].

[ظهار السكران والمكره والأخرس]

(١٢٢٦) قال: وظهار السكران والمكره لازم كطلاقهما وظهار الأخرس بالإشارة والكتابة[٤].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية نقلاً عن شرح الطحاوي ٤/٢، ومجمع الأنهر ١/٤٤٦.

٢ - الفتاوى الهندية ١/٥٠٨.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤/٥؛ والفتاوى الخانية على هامش الهندية ١/٥٤٤.

٤ - الفتاوى التاتارخانية نقلاً عن الولوالجيّة ٤/٢-٣.

[وطء المظاهر منها قبل التكفير]

(١٢٢٧) قال: ولا ينبغي للمرأة التي ظاهر منها أن تدعه ليقربها حتى يكفّرها؛ لأن الوطء حرام قبل التكفير، فلا يحل لها المساعدة على الحرام[١].

(١٢٢٨) قال: ولها أن تطالبه بالتكفير حتى إذا رفع الأمر إلى القاضي يجب عليه أن يجبره على التكفير، ويحبسه حتى يكفّر، أو يطلّق، قال: وكفارة الظهار تجب بالظهار والعود، فإن الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة، والمعطوف يأخذ حكم المعطوف عليه[٢].

[تفسير العود]

(١٢٢٩) واختلفوا في تفسير العود، قال: أصحابنا رحمهم الله: "العود" هو العزيمة على أن يطأها، وقال الشافعي رحمه الله: العود هو العزم على الإمساك حتى لو سكت عن طلاقها عقيب الظهار ثبت العود، وقال أصحاب الظواهر: العود أن يكرّر لفظ الظهار[٣]، فالشافعي رحمه الله قال: لما حرّم الوطء على نفسه على التأبيد، لا يمكنه الإمساك، فإذا عزم الإمساك فقد نقض عزمه في الظهار، ونحن نقول: موجب الظهار هو التحريم، فيكون نقضه في العزم على الوطء؛ لأنه قد عاد فيما حرّم، فإذا عاد ثم بدا له أن يطأها[٤]، فكأنها تجب الكفارة غير مستقرة، ولهذا تسقط بموته وموتها.

---

١ - الفتاوى الهندية ٥٠٧/١، ومجمع الأنهر ٤٤٣/١، والفتاوى التاتارخانية ٤/٧-٨.

٢ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٤٤٨/١، والفتاوى الهندية ٥٠٧/١.

٣ - هكذا في النسخ الثلاث، فتدبر، وأيضاً في الفتاوى التاتارخانية ٨/٤.

٤ - كذا في نسخة "ج" وفي نسخة "أ" و "ب" (لا يطأها).

وقال الشافعيّ رحمه الله: لما سكت عن الطلاق عقيب الظهار، استقرّت الكفارة؛ لأنها حكم علّق بالسبب، وقد تمّ السبب فيجب الحكم بوصف الاستقرار، وأصحابنا رحمهم الله قالوا: العود في العزم على الوطء، والعزم لا يقع مستقراً، فإنه يجوز عليه النقض، فلم تجب الكفارة مستقرة، والتكفير بعد الظهار قبل العود جائز؛ لأن التكفير حينئذٍ يكون تعجيل الحكم قبل تمام السبب؛ لأن الكفارة شرعت إنهاءً للحرمة الثابتة بالظهار فلا يمكنه أن يوقع الفعل حلالاً إلا بعد إنهاء الحرمة بالكفارة، فيجوز التعجيل على الفعل، ليكون الفعل واقعاً بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة، والله أعلم بالحقيقة والصواب[1].

[حكم كفارة الظهار]

(١٢٣٠) قال: كفارة الظهار واجبة على ترتيب ما نص الله تعالى في كتابه على وجهٍ لا يجوز تقديم المؤخر على المقدم، إلا عند العجز عن مراعاة الترتيب سابقاً على المسيس، حتى لو أعتق نصف رقبة، ثم وطىء، ثم أعتق ما بقي، فعليه أن يستقبل عتق الرقبة؛ لأن الواجب عليه تقديم العتق على المسيس، وإخلاء حالة الإعتاق عن المسيس، ولم يوجد، فعليه الاستقبال[2].

---

١ – انظر للتفصيل: البحر الرائق لابن نجيم ٤/١٠٥-١٠٦، والفتاوى التاتارخانية ٤/٨، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداماد افندي ١/٤٤٨.

٢ – الفتاوى التاتارخانية ٤/٩.

[جماع المظاهر منها خلال التكفير بالصوم]

(١٢٣١) وإن جامع "التي ظاهر منها" في خلال الصوم جماعاً يفسد الصوم استقبل في قولهم جميعاً؛ لأنه فات وصف التتابع، والله تعالى أوجبه مقيداً بهذا الوصف، وإن جامع ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً لصومه، استقبل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن الله تعالى أوجب صوم شهرين متتابعين قبل المسيس، ومن ضرورة كونها قبل المسيس إخلاء الشهرين عن المسيس؛ لأن الثابت بالضرورة كالثابت بالنص، فصار كأن الله تعالى نصّ على التقدم على المسيس، وعلى الإخلاء عن المسيس، وهو إن عجز عن التقدم على المسيس لم يعجز عن الإخلاء عن المسيس، فما عجز عنه يسقط، وما قدر عليه يلزمه[1].

فإن قيل: إخلاء الصوم عن المسيس ثبت ضمناً بشرط التقدم، فإنه لم ينص على إخلاء الصوم عن المسيس، فقد سقط شرط التقدم بالعجز فيسقط الإخلاء على ما عرف من أصول أصحابنا رحمهم الله: "أن الشيء متى ثبت في ضمن غيره يسقط الضمن إذا سقط المتضمن".

قلنا: شرط التقدم ما سقط أصلاً؛ لأن الجماع وجد من جهة المظاهر باختياره، والشرع لا يتبدل بأمر وجد من جهة العبد باختياره، فكان شرط التقدم ثابتاً في نفسه إلا أنه لا يؤمر بإقامته بسبب العجز، فلا يظهر السقوط في حق ما لا عجز فيه، فيكون الإخلاء شرطاً فكان عليه الاستقبال.

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٩/٤.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يلزمه الاستقبال قياساً على ما لو جامع غير التي يكفر عنها ناسياً؛ لأنه لو لزم الاستقبال لا يخلو: إما أن يلزمه الاستقبال لفوات التتابع أو لفوات شرط التقدم، لا جائز أن يلزمه الاستقبال لفوات التتابع؛ لأن التتابع لا ينقطع بهذا الجماع فلا يجوز أن يلزمه الاستقبال لفوات شرط التقديم؛ لأنه عاجز عن الوفاء بهذا الشرط، فإنه وإن استقبل لا يحصل الصوم قبل المسيس فيسقط اعتباره، وإذا سقط اعتباره لا يلزمه الاستقبال، قال: ولو أطعم بعض الطعام ثم واقع، ثم أطعم ما بقي يجزيه؛ لأن الله تعالى لم يشترط في الإطعام تركَ المسيس، فلم يكن الإخلاء عن المسيس شرطاً لصحة فعل الإطعام.

[العجز عن الترتيب في كفارة الظهار]

(١٢٣٢) قال: إذا كان عليه صيام شهرين متتابعين فمرض مرضاً لا يستطيع الصوم، فأطعم ستين مسكيناً يجوز؛ لأن شرط جواز الإطعام أن لاّ يكون مستطيعاً للصوم، وقد وجد، فإذا زال المرض بعد ذلك بثلاثة أيام، يجزيه؛ لأن شرط جواز الإطعام كان موجوداً حال الإطعام فصحّ الإطعام، فإذا زال المرض بعد ذلك فقد قدر على المبدل بعد حصول المقصود من البدل، فلا يسقط حكم البدل، كالمتيمم إذا وجد الماء بعد الفراغ من الصلاة، لا يعيد لهذا المعنى، كذا ههنا.

(١٢٣٣) قال: المرأة إذا كان عليها صيام شهرين متتابعين فحاضت فيهما، فلا يلزمها الاستقبال، ويجب عليها أن تصل أيام الحيض بالشهرين

عندنا ، وهو قول عامر الشعبي رحمه الله[1]، وقال إبراهيم النخعي رحمه الله: يلزمها الاستقبال؛ لأنه انقطع التتابع بالحيض فقد فات شرط الجواز وهي قادرة على الوفاء بهذا الشرط؛ لأنها تجد شهرين لا تحيض فيهما بأن تحبل وتيأس كالرجل إذا كان عليه صوم شهرين متتابعين، فمرض فيهما فأفطر يلزمه الاستقبال، كذا ههنا[2].

وعلماؤنا رحمهم الله قالوا: فات شرط الجواز، وهي عاجزة عن الوفاء بهذا الشرط؛ لأنها لا تجد شهرين متتابعين لا تحيض فيهما على ما عليه الغالب، والحبل واليأس على خطر الوجود، فلو علّقنا الكفارة بهما ربّما يفوتها الكفارة أصلاً، وللعجز أثر في إسقاط الشروط والفرائض، بخلاف الرجل إذا مرض؛ لأنه قادر على الوفاء بهذا الشرط؛ لأنه يجد شهرين متتابعين لا يمرض فيهما في الغالب.

قال: وإن لم تصل المرأة أيام حيضها بالشهرين يلزمها الاستقبال؛ لأنها إن عجزت عن أن تصوم شهرين لا تحيض فيهما، فلم تعجز عن أن تصل في أيام الحيض بالشهر، فإذا تركت الوصل يلزمها الاستقبال.

والمرأة فارقت الرجل في حق الحيض، وفيما عدا ذلك فهما سواء، والرجل إذا أفطر يلزمه الاستقبال كذا ههنا[3].

---

١ - هو عامر بن شراحيل الشعبي رحمه الله ومرت ترجمته.

٢ - الفتاوى التاتارخانية نقلاً عن الكافي ١٤٣/٤، والفتاوى الهندية ٥١٢/١.

٣ - الفتاوى الهندية ٥١٢/١، والفتاوى التاتارخانية ٦١/٥، وبدائع الصنائع ١١١/٥.

[الإطعام في كفارة الظهار]

(١٢٣٤) قال: وإذا قال لغيره: "أطعم عنّي عن ظهاري" ففعل أجزأه؛ لأن الفقير صار نائباً عن الآمر في القبض، ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الكفارة فكانت الكفارة بمال الآمر، ولا يكون للمأمور أن يرجع على الآمر في ظاهر الرواية؛ لأنه يحتمل القرض، ويحتمل الهبة، فلا يرجع بالشك، وعن أبي يوسف رحمه الله: له أن يرجع؛ لأنه يحتمل القرض، ويحتمل الهبة، والقرض أدناهما ضرراً فيحمل عليه.

قال: ولو قال لغيره: "أعتق عبدك عني عن ظهاري" ففعل لا يسقط الكفارة عن الآمر؛ لأن طلب التمليك مقتضى طلب الإعتاق عنه، ولم يذكر العوض، فكان استيهاباً، والهبة لا تفيد الملك قبل القبض، والقبض لم يوجد لا من الآمر ولا من نائبه، أمّا من الآمر فظاهر، وأما من نائبه فلأن العبد لا يصلح نائباً عن الموهوب له في قبض نفسه حال وقوع الهبة؛ لأن العبد قبل الإعتاق في يد الواهب، والواهبُ لا يصلح نائباً عن الآمر في القبض، فكذا العبد، وبعد ما عتق لا يبقى الهبة فلا يقع العتق عن الآمر، فيحمل على طلب الثواب كأنه قال: أعتق عبدك واجعل ثواب العتق لي[١].

[الإعتاق في كفارة الظهار]

(١٢٣٥) ويجوز في كفارة الظهار عتق الرقبة الكافرة، والمسلمة، والذكر والأنثى، والصغير والكبير[٢].

---

١ - الفتاوى الهندية نقلاً عن الكافي والتاتارخانية ٥١٣/١.

٢ - الفتاوى الهندية وقال: كذا في شرح النقاية ٥٠٩/١

وقال: إذا أعتق المكاتب عن كفارة ظهاره، أو غيره من الكفارات جاز، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجزيه. وأصحابنا رحمهم الله قالوا: أمر بتحرير الرقبة، وقد أتى به، فوجب أن يخرج عن العهدة[1].

(١٢٣٦) وإنما قلنا: إنه أمر بتحرير الرقبة، وذلك لأن قوله تعالى: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ﴾[2] مصدر قُرِنَ بحرف الفاء في كلام الله تعالى، والمصدر إذا قُرِنَ بحرف الفاء في كلام الله تعالى يراد به إما الأمر أو الإيجاب، بدليل أنه أريد به الأمر في قوله تعالى: ﴿فَضَرْبَ الرِّقَابِ﴾[3] على ما ورد به النقل والأخبار عن كونه مأموراً به أو واجباً عليه في قوله: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[4]، لأن أئمة التفسير قالوا: فتحرير رقبة مبتدأ محذوف الخبر، وخبره إما قولنا: "مأمور به أو واجب عليه" أو ما يجري مجراه، وأيّاً ما كان يجب عليه التحرير، أما إذا كان إخباراً عن وجوبه، فظاهر تصديقاً للمخبر، وهو الله تعالى، أما إذا كان إخباراً عن كون التحرير مأموراً به فكذلك؛ لأنه يصير مأموراً به، وإذا صار مأموراً به يكون واجباً لما عرف: أن الأمر يقتضي الوجوب.

---

١ – الفتاوى الهندية نقلاً عن الكافي ٥١٠/١، والفتاوى التاتارخانية ٩/٤.

٢ – [المجادلة/٣]

٣ – [محمد /٤]

٤ – [المجادلة /٣]

ولا يقال بأن التحرير لم يوضع للأمر حالة الانفراد، فكـذا حالـة الاقتران بحرف الفاء؛ لأن الأصل أن لا يتغير معنى اللفظ بالتركيب، وقد وضع للأمر بالتحرير صيغة أخرى، وهو قوله: "حرِّر" فلا يكون ما ذكرتم موضوعـاً له؛ لأن ترادف الاسمين على مسمىً واحدٍ خلاف الأصل.

لأنا نقول: الأئمة من الطرفين استدلوا بهذا النص لبيان وجوب التحرير على المظاهر العائد، فلو لم يكن هذه الصيغة أمراً لتعطّل استدلالهم عن الغرض، ولا يُظن بهم ذلك، على أن هذه الصيغة أمر بالتحرير؛ لأن التحرير واجـب في الظهار حالة اليسار بالإجماع، فلو لم يكن هذه الصيغة أمـراً لـترك النـافي للوجوب، السالم عن هذا المعارض، والنافي السالم غير متروك.

[كفارة الفطر]

(١٢٣٦) وأما كفارة الفطر: قال: كفارة الفطر واجبة عند علمائنـا، وعامة العلماء رحمهم الله على ترتيب ما ذكرنا في كفارة الظهار وهو إعتـاق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً، لكل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاع من تمر أو صاع من شعير، عرف هذا الترتيب ببيان رسول الله ﷺ، فإنه روي أن أعرابياً جاء إلى النـبي عليـه السلام، وقال: يا رسول الله هلكت وأهلكت. فقال عليه السلام ماذا صنعتَ؟ قال: واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمّداً، فقال النبي عليه السلام أعتق رقبـةً، فقال: لا أملك رقبة سوى هذه -وأشار إلى رقبة نفسه- فقال: صم شـهرين متتابعين، فقال: هل جاءني ما جاءني إلا من الصوم، فقـال: أطعـم سـتين مسكيناً، فقال لا أجد، فأخرج النبي عليه السلام بفرق من تمر فيه خمسة عشـر

صاعاً من تمر، فقال فرّقها على المساكين فقال: والله ما بين لا بتي المدينة أحد أحوج منّي ومن عيالي، فتبسّم رسول الله عليه السلام حتى بدت نواجذه فقال: "كُلْهَا وعيالك يجزيك ولا يجزئ أحداً بعدك[1]" فلو لم يكن الكفارة واجبة، لم يكن لقوله: "يجزئك ولا يجزئ أحداً بعدك" فائدةٌ، ولأنه روي عن النبي عليه السلام أنه قال: "من أفطر في رمضان"، وفي رواية: "من أفطر في نهار رمضان فعليه ما على المظاهر"[2].

وكفارة الظهار واجبة، فكذا هذا.

(١٢٣٨) وقال بعض العلماء رحمهم الله، منهم سعيد[3] بن جبير وبشر[4] بن الوليد: بأنها مستحبة وليست بواجبة؛ لأن النبي عليه السلام نقل

---

١ – الحديث: قد روي بطرق مختلفة، أخرجه أصحاب الكتب الستة عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف عن أبي هريرة، رواه البخاري في الصوم باب: ٣٠-٣١ والهبة والنفقات والأدب والكفالات، ومسلم في الصيام، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجه، والدارمي في الصوم، وأحمد في المسند، انظر: نصب الراية للزيلعي ٤٧٥/٢.

٢ – قال الزيلعي: حديث غريب بهذا اللفظ ، انظر للتفصيل: نصب الراية ٤٧٣/٢ وأيضاً لتفصيل هذه المسألة بدائعَ الصنائع للكاساني ٩٦/٥.

٣ – سعيد بن جبير الوالبي: أحد الأعلام، سمع ابن عباس وعدي بن حاتم وابن عمر وعبد الله بن مغفل وطائفة، وعنه جعفر بن أبي المغيرة وأبو بشر جعفر بن أياس وأيوب الأعمش وعطاء بن السائب وخلق، قتله الحجاج -قاتله الله- في شعبان سنة خمس وتسعين، وله تسع وأربعون سنة على الأشهر، وقيل: بل عاش بضعاً وخمسين سنة (تذكرة الحفاظ للذهبي ٦٠/١-٦١).

٤ – بشر بن الوليد بن خالد الكندي القاضي: أحد أصحاب أبي يوسف، روى عنه كتبه وأماليه، وولي القضاء ببغداد في زمان المعتصم بالله مات سنة ثمان وثلاثين ومائتين،=

الحكم إلى الطعام مع القدرة على الصوم، فلو كانت الكفارة واجبةً لما نقل الحكم إلى الطعام مع القدرة على الصوم، كما في كفارة الظهار، ولأنه أمر بتفريق خمسة عشر صاعاً من تمر على المساكين، فلو كانت الكفارة واجبةً لكان لا يكفي ذلك القدر، كما في كفارة الظهار، فثبت أنها مستحبة[1].

[سبب وجوب الكفارة]

(**١٢٣٩**) قال: سبب وجوب الكفارة: هو الإفطار في نهار رمضان على سبيل الكمال لا بمجرد إفساد الصوم، وكمال الإفطار إنما يكون بالصورة والمعنى على سبيل التعدي بالمفطرات الأصلية، والمفطرات الأصلية ثلاثة: الأكل والشراب والجماع بالإجماع؛ لأن الله تعالى أباح الأكل والشرب والوقاع في ليالي رمضان، ثم أمر بالكف عنها[2]، فعلم أن المفطرات الأصلية ثلاث؛ لأن الصوم شرع عبادةً لما فيه من منع النفس عما تشتهيه، وشهوة النفس شيئان: شهوة الفرج: وهو الوقاع، وشهوة البطن: وهوالأكل والشرب، وكل واحدة منهما مشتملة على الصورة والمعنى[3].

=وكان صالحاً، ديناً، عابداً، واسع الفقه، خشناً في باب الحكم، مقدّماً عند أبي يوسف، سمع من مالك وحماد بن زيد وغيرهما، وروى عنه الحافظ أبو نعيم الموصلي ونحوه (الفوائد البهية /٥٤-٥٥).

١ - بدائع الصنائع للكاساني ٩٦/٥.

٢ - [البقرة /١٨٧]

٣ - انظر تفصيل أسباب وجوب الكفّارات في كشف الأسرار ٣٥٦/٢.

(١٢٤٠) وصورة الأكل: إدخال الشيء من الخارج إلى الباطن، ومعنى الأكل حصول الغذاء بما وصل إلى الجوف من الخارج، وصورة الوقاع: إدخال الفرج في الفرج، ومعنى الجماع اقتضاء شهوة الفرج بمباشرة كل واحد منهما، وكلاهما ليس بشرط لفساد الصوم، بل أحدهما كاف حتى لو ابتلع حصاة أو نواة يفسد صومه لوجود صورة الأكل وإن لم يوجد المعنى، والنائم إذا صب الماء في حلقه، أو أكره على الأكل والشرب يفسد صومه؛ لأنه وجد معنى الأكل وإن لم يوجد صورته، وهو الابتلاع، وكذا إذا قبل امرأته فأنزل، يفسد صومه، وإن لم يوجد صورته، فدل أن أحدهما كاف لفساد الصوم، وفساد الصوم ليس بسبب لوجود الكفارة؛ لأن كفارة الفطر سلك مسلك العقوبة، ألا ترى! أنها لا تجب على المعذور نحو المريض والمسافر، والعقوبة تجب بعد تكامل الجناية، وتكامل الجناية: إنما هو الإفطار بالمفطرات الأصلية على سبيل التعدي[1].

وقال الشافعي رحمه الله: سبب وجوب الكفارة: إنما هو الوقاع خاصة بعد طلوع الفجر الثاني.

وقال سليمان الأعمش رحمه الله[2]: سبب وجوب الكفارة: إنما هو الإفطار بالأكل والشرب والوقاع بعد طلوع الشمس، أما لو أفطر بعد طلوع

---

١ - الفتاوى الهندية ١/٢٠٢-٢٠٤، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١/٢٤٠.

٢ - الأعمش: هو الحافظ الثقة شيخ الإسلام أبو محمد سليمان بن مهران الأسدي، أصله من بلاد الري، رأى أنس بن مالك رضي الله عنه وحفظ عنه وغيره من أكابر التابعين،=

الفجر قبل طلوع الشمس لا يجب الكفارة، وهذا بناءً على أن الكفّ عن المفطرات عندنا: يجب بعد طلوع الفجر الثاني، وعنده: لايجب ما لم تطلع الشمس؛ لأن إباحة الأكل تعلقت بنفس غروب الشمس، فوجب أن يتعلق حرمة الأكل بنفس طلوع الشمس، ولأن إباحة الأكل تثبت بسواد الليل، وبعد طلوع الفجر بقي شيء من سواد الليل.

والأصل: أن الحكم متى ثبت بعلة، يبقى ببقاء تلك العلة ، على أن الواجب على المكلف صوم الشهر، والشهر: عبارة عن الأيام والليالي، واليوم: عبارة عن بياض النهار، وبياض النهار: عبارة عن وقت طلوع الشمس إلى وقت غروبها، والليل: عبارة عن وقت غروب الشمس إلى طلوعها، هكذا ذكره صاحب[1] مفتاح التنزيل في كتابه.

(١٢٤١) وعلماؤنا رحمهم الله قالوا: المراد من الخيط الأبيض: إنما هو الفجر الصادق ، والمراد من الخيط الأسود: هو الفجر الأول، ولأن إباحة

=وعنه شعبة وسيفان وغيرهم من أجلة العلماء، قال ابن المديني: له نحو ألف وثلاث مائة حديث، وقال ابن عيينة: كان الأعمش أقرأهم لكتاب الله وأحفظهم للحديث وأعلمهم بالفرائض وقال وكيع: بقي الأعمش قريباً من سبعين سنة لم تفته التكبيرة الأولى، توفي في ربيع الأول ستة ثمان وأربعين ومائة، وله سبع وثمانون سنة رحمه الله (تذكرة الحفاظ ١١٦/١ ، رقم الترجمة ١٤٩/٤-١٥٤).

١ - مفتاح التنزيل لزين المشايخ أبي الفضل محمد بن أبي القاسم البقالي الخوارزمي المتوفى سنة ٥٦٢ اثنتين وستين وخمسمائة (كشف الظنون ١٧٦٠/٢).

الأكل تثبت بأول الليل، وإن بقي شيء من أثر النهار، فحرمة الأكل وجب أن تثبت بأول النهار، وإن بقي شيء من أثر الليل[1].

وقال بعض أصحاب الشافعي رحمهم الله: يجب في الأكل والشرب الكفارة الصغرى، لا الكفارة العظمى، والكفارة الصغرى: إنما هو الفدية، والفدية نصف صاع من برّ كما في صدقة الفطر، ويجوز فيه طعام الإباحة؛ لأن الله تعالى نصّ على الطعام في قوله: ﴿ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ ﴾[2]، احتج الشافعي رحمه الله وقال: بأن الكفارة لا تثبت قياساً واجتهاداً، وإنما ثبتت سماعاً وتوقيفاً، والنص ورد في الوقاع، لا في الأكل والشرب، فلو وجبت الكفارة بالأكل والشرب لا يخلو: إما أن تجب بدلالة النص أو بالقياس، ولا جائز أن تثبت بالقياس لانعقاد الإجماع على انتفاء ثبوت الكفارات بالقياس، ولا جائز أن تثبت بدلالة النص ههنا؛ لأن النص إذا ورد في حادثة بخلاف القياس إنما يجعل وارداً في غيره دلالةً إذا كان نظيراً له، والوقاع ليس بنظير للأكل والشرب، فلا يمكن إثباتها بدلالة النص.

وعلماؤنا رحمهم الله قالوا: الكفارة في الأكل والشرب تثبت بالنص أو بدلالة النص، أما النص: فما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: من أفطر في

---

١ - انظر للتفصيل: أحكام القرآن للجصاص ، باب الأكل والشرب والجماع ليلة الصيام ٢٢٦/١-٢٣٢.

٢ - [البقرة: ١٨٤]

رمضان فعليه ما على المظاهر[1]، وكذا روي: أن رجلاً جاء إلى النبي عليه السلام، وقال: أفطرت في نهار رمضان متعمداً، فقال النبي عليه السلام: أمن غير عذر وسفر ومرض؟ فقال: نعم، فقال: أعتق رقبةً[2] فالنبيّ عليه السلام أوجب عليه الكفارة بسبب الفطر من غير عذر، ولم يستفسر لماذا أفطر، ولو كان الحكم مختلفاً لاستفسر، وأما دلالة النص: فلأن الأكل والشرب نظير الوقاع في باب الصوم بدليل أنه لو واقع ناسياً لا يفسد صومه، والنصّ إنما ورد في الأكل والشرب، فلا يجوز أن يكون الحكم ثابتاً في الوقاع بالقياس عليه؛ لأن الحكم في الأكل والشرب ثبت بخلاف القياس، فدل أن الحكم في الوقاع ثبت بدلالة النص، وإنما جعل النص الوارد في حادثةٍ وارداً في غيره دلالةً إذا كان نظيراً له، والوقاع نظير الأكل والشرب في باب الصوم؛ لأن الله تعالى أباح الأكل والشرب والوقاع في ليالي رمضان ثم أمر بالكف عنها بخطاب واحدٍ، فعلم أنهما نظيران في باب الصوم.

(١٢٤٢) قال: إذا أراد من عليه الكفارة أن يكفّر بتحرير الرقبة، فله أن يحرّر أيّ رقبة شاء؛ لأنه مأمور بتحرير مطلق الرقبة بإجماع بيننا وبين الشافعيّ رحمه الله، هكذا ذكر شيخ الإسلام عليّ البزدويّ رحمه الله في

---

١ - قال الزيلعي: قلت: حديث غريب بهذا اللفظ ، انظر للتفصيل: نصب الراية ٤٧٣/ ؛ والسنن الكبرى للبيهقي ٢٢٩/٤.

٢ - أخرج أصحاب الكتب الستة هذا الحديث بألفاظ مختلفة ، انظر للتفصيل: نصب الراية للزيلعي ٤٧٤/٢-٤٧٥.

أصول الفقه، إنما الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله في وصف الإيمان[1]، ولئن قال: قوله: "أعتق رقبة" عامٌّ دخله التخصيص حتى لا يخرج عن العهدة بإعتاق العمياء والشلاّء؛ لأنا نقول لا نسلّم بأن هذا عام؛ لأن العام لفظ يتناول جمعاً من المسميات، وهذا اللفظ لا يتناول إلا رقبةً واحدةً فلا يكون عاماً، ولئن قال: هذا عام في حق الوصف؛ لأنا نقول: الوصف غير مذكور أصلاً، وهو مسكوت عنه، فيكون الواجب بالنص إعتاق رقبة مطلقةٍ عن الوصف، فأيّ رقبة أعتقها يتناولها النص على أنّا نقول: لا نسلّم بأن العمياء والشلاء رقبة حتى يتناولها مطلق الرقبة، وظاهر أنها ليست برقبة؛ لأن الرقبة عبارة عن الذات المملوكة القائمة من كل وجه، والعمياء والشلاء هالك من وجه، قائم من وجه.

ولأن الرقبة اسم للذات القائم به جميع أجناس منافعه التي يتعلق به المالية، والعمياء والشلاّء ليس برقبة على هذا التفسير؛ لأن المنافع المخصوصة باليد والبصر فائت عنه ضرورة فوات اليد والبصر.

على أن صيغة الأمر بالإعتاق مطلقة؛ لأنه ذكره منكرة غير مقرونة بصفة ما، والمطلق: عبارة عما يتناول الذات غير متعرّض للصفات، لا بالنفي

---

١ – كشف الأسرار لحافظ الدين النسفي المتوفى ٧١٠هـ مع شرح نور الأنوار لشيخ أحمد المعروف بملاجيون ١/١٨٥–١٨٨ ط: دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٨٦م.

ولا بالإثبات، وأنه بهذه المثابة، فيجب العمل بإطلاق اللفظ ما أمكن إلا في موضع قام الدليل على اشتراط قيدٍ، وقد وجد ههنا دليل اشتراط قيد السلامة عن العمى والشلل في حق جواز التكفير، وهو الإجماع، فيترك العمل بإطلاق اللفظ فيما قام دليل الإجماع فيبقى اللفظ معمولاً بإطلاقه فيما وراءه.

وإن قال: بأن مطلق الرقبة غير مأمور به؛ لأن المأمور به مقدور الإتيان، والمطلق غير مقدور الإتيان؛ لأن المطلق هو المتعرّض للذات دون الصفات، لا بالنفي ولا بالإثبات، فيستحيل أن يأتي الإنسان بتحرير الرقبة من غير أن يتعرض بصفةٍ ما، فلا يكون مقدوراً ولا مأموراً.

لأنا نقول: مطلق الرقبة مقدور الإتيان لاندراج المقيد على المطلق.

ولهذا لو أعتق الرقبة السليمة المؤمنة يجوز بالإجماع، فعلم بأنه مقدور بواسطة المعين، كما إذا قال: "أعط هذا الدرهم رجلاً أو فقيراً" فإنه يخرج عن العهدة بإعطاء أيّ رجل كان.

ولئن قال: بأن المراد من الرقبة إنما هو المجاز بطريق إطلاق اسم البعض على الكل، والثابت بالمجاز ضروريٌّ، لأنه على خلاف الأصل فيتقدّر بقدر الضرورة، وقد صارت الرقبة المؤمنة مراداً بالإجماع، فلا يبقى الرقبة الكافرة مراداً؛ لأن المجاز لا عموم له.

لأنا نقول: لا نسلّم بأن المجاز ضروري، وظاهر أنه ليس كذلك؛ لأن كتاب الله تعالى مشحون بالمجازات مع أنه أنزِل بأفصح اللغات، والله تعالى

عليّ عن العجز والضرورات، ولا نسلّم بأن المجاز لا عموم له، وهذا عندكم بل عندنا للمجاز عموم على ما هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله.

ولا يقال: بأن النص في كفارة القتل ورد مقيّداً، وههنا ورد مطلقاً فيحمل المطلق على المقيد ليكون محمولاً على أعم المحملين؛ لأنا نقول: إنما يحمل المطلق على المقيد إذا وَرَدَا في حادثة واحدةٍ[1].

أما إذا وردا في حادثتين مختلفتين، يعمل بهما؛ لأن موجب المطلق مقصود في إطلاقه كالمقيّد في تقييده، وكما لا يجوز حمل المقيّد على المطلق لا يجوز حمل المطلق على المقيّد، إلا إذا وردا في حكم واحد ضرورة تعذّر العمل بالنّصين، وههنا وردا في حادثتين مختلفتين[2].

[كفارة القتل]

(١٢٤٣) وأما كفارة القتل، قال: كفارة القتل في حق الواجد، تحرير الرقبة، وفي حق غير الواجد صيام شهرين متتابعين، وهذه الكفارة تفارق سائر الكفارات من وجهين: أحدهما: أن في هذه الكفارة يشترط الإيمان في الرقبة، وفي سائر الكفارات لا يشترط، والفارق الثاني: أنه لا مدخل للإطعام في هذه الكفارة حتى أنه إذا عجز عن الصوم لا يجزيه الإطعام، وله في سائر الكفارات مدخل حتى أن المظاهر أو المفطر إذا عجز عن الصيام جاز له الإطعام[3].

---

١ - انظر لتفصيل هذا البحث: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١١٠-١١١.

٢ - بدائع الصنائع للكاساني ٥/١١٠.

٣ - بدائع الصنائع ٥/١١٠-١١١.

[كفارة محظورات الإحرام والحج]

(١٢٤٤) وأما كفارة محظورات الإحرام والحج، نحو: قتل صيد الحرم ولبس المخيط وسائر المحرمات على اختلاف بين أصحابنا، رحمهم الله فعند أبي يوسف رحمه الله: إذا لبس أكثر اليوم كان عليه الكفارة، وعند محمد رحمه الله: عليه من الكفارة بمقدار ما لبس، وإن باشر ما فيه الكفارة بعذر بأن اضطُرَّ إلى تغطية الرأس لخوف الهلاك من البرد أو المرض، أو لبس السلاح لأجل المقاتلة، كان عليه ما نص الله تعالى عليه في كتابه ﴿ فَفِدْيَةٌ مِّنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ﴾[1]، أراد بالنسك "الشاة"، و بالصيام "صيام ثلاثة أيام"، وبالإطعام "إطعام ستة مساكين"، لكل مسكين نصف صاع على ما عرف في كتاب الحج[2].

---

١ - [البقرة /١٩٦] ؛ وانظر: تفسير الجلالين.

٢ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٢٩٢/١-٢٩٣.

بيان مشروعية صدقة الفطر في ضوء الكتاب والسنة المطهرة

[مشروعية صدقة الفطر]

(١٢٤٥) وأما صدقة الفطر قال: صدقة الفطر مشروعة ثبتت شرعيتها بالكتاب وإجماع الأمة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ قَدْ أَفْلَحَ مَن تَزَكَّى ﴾[١]، جاء في التفسير: "أن المراد منها صدقة الفطر[٢]"، وأما الإجماع فقد اتفق علماء الأمة من لدن الصدر الأول إلى هذا الزمان على شرعيتها.

(١٢٤٦) واختلفوا في رتبتها: ذكر في المجرد: أن أبا حنيفة رحمه الله سمّاها سنةً، فإنه قال: "زكاة الفطر سنة لا ينبغي أن يتركها"، ومحمد رحمه الله سمّاها واجبةً[٣]، فإنه ذكر في المبسوط: "ويجب على المولى أن يؤدي عن

---

١ - [الأعلى/ ١٤]

٢ - قال الجصّاص في أحكام القرآن: قوله تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى﴾ روي عن عمر بن عبد العزيز وأبي العالية قالا: أدى زكاة الفطر ثم خرج إلى الصلاة ، وروي عن النبي ﷺ أنه أمر بإخراج صدقة الفطر قبل الخروج إلى المصلّى، وقال ابن عباس: السّنة أن تخرج صدقة الفطر قبل الصلاة، قال أبو بكر واستدل بقوله تعالى: ﴿وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى﴾ على جواز افتتاح الصلاة بسائر الأذكار؛ لأنه لما ذكر عقيب ذكر اسم الله الصلاة متصلاً به إذ كانت "الفاء" للتعقيب بلا تراخ دل على أن المراد افتتاح الصلاة (٣/٤٧٢).

٣ - الفتاوى التاتارخانية وقال: ذكر في المجرد (٢/٤١٧)، وملتقى الأبحر على هامش مجمع الأنهر ١/٢٢٦.

نفسه وعبيده صدقة الفطر"، قال شيخ الإسلام رحمه الله: معنى قول أبي حنيفة رحمه الله أنها سنة أي ثبت وجوبها بالسنة، فإنه روي عن النبي عليه السلام أنه قال في خطبته: "أدّوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد صغير أو كبير نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير[1]"، أفاد هذا الحديث فوائد:

منها: وجوب صدقة الفطر؛ لأن الأمر للوجوب.

ومنها: ما يتأدى به الواجب.

ومنها: قدر الواجب.

[من تجب عليه صدقت الفطر]

(١٢٤٧) ثم هذه الصدقة لا تجب إلا على حرّ مسلم غني[2] عندنا؛ لأن النبي عليه السلام جعل جميع أجناس الصدقات على الغني؛ لأنه جعل الناس صنفين: صنفاً يؤخذ منهم الصدقة، وصنفاً يرد عليهم الصدقة، فإنه عليه السلام قال: "أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم[3]"، فقد أدخل فيها الألف واللام وإنما يدخلان لاستغراق الجنس أو لتعريف المعهود، وليس ههنا معهود فيكون لاستغراق الجنس، فعلم أنه جميع أجناس

---

١ - انظر لتخريج هذا الحديث بألفاظ وأسانيد مختلفة: نصب الراية ٢/٤٣٠-٤٣٢.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٤١٨، والفتاوى الهندية ١/١٩١.

٣ - روى أصحاب الكتب الستة هذا الحديث بألفاظ مختلفة ففي رواية: أخذها من أغنيائكم فردها في فقرائكم، وفي رواية: تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم، انظر: نصب الراية للزيلعي ٢/٤١٥.

الصدقات على الغني فلم يبق بعد هذا صدقة تؤخذ من الفقير، ولأن هذه صدقة لا يتكرر وجوبها في السنة، فوجب أن يكون الغنى شرطاً لوجوبها قياساً على زكاة المال، ولأنه صدقة الفطر إنما شرعت لإغناء الفقير في مثل هذا اليوم، والفقير عاجز عن إغناء نفسه، فلا يخاطب بإغناء غيره، وعند الشافعيّ رحمه الله الغنى ليس بشرط حتى قال بوجوب الصدقة على الفقير الذي له قوت يوم؛ لأن هذا حق مالي لا يزداد بزيادة المال، فوجب أن لا يكون الغنى شرطاً لوجوبها قياساً على الكفارة؛ لأن صدقة الفطر شرعت طهرةً للصيام عن اللغو والرفث، والكفارة شرعت طهرةً عما ارتكب من الجريمة، فكان صدقة الفطر نظيرَ الكفارة، والغنى ليس بشرط لوجوب الكفارة فكذا ههنا.

(١٢٤٨) والعقل والبلوغ ليس بشرط ، حتى قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: تجب على الصبي والمجنون في مالهما إذا كانا غنيين، وقال محمد وزفر رحمهما الله: لا تجب عليهما في مالهما كالزكاة، لكن يجب على الأب أن يؤدّي عن ولده الصغير من مال نفسه[١].

(١٢٤٩) وشرط جوازها على الخصوص كون المصروف إليه فقيراً؛ لأنها شرعت لكفاية الفقير في هذا اليوم، وإغنائه عن المسألة؛ والصدقة اسم لما يعطى صلةً على وجه التمليك لمن يقوم به الصدقة، وهو المحتاج ترحماً لا تكرّماً، بخلاف الهبة؛ لأنها اسم لما يعطى صلةً، تكرّماً لا ترحّماً[٢].

---

١ - رد المحتار لابن عابدين نقلاً عن البدائع ٣١٢/٣، وبدائع الصنائع ١٠٥/٢.

٢ - الهداية ٢١٩/٢-٢٢١ وبدائع الصنائع ٦٤/٢-٦٥.

(١٢٥٠) والغنى الذي هو شرط لوجوب صدقة الفطر أن ملك نصاباً أو ما لاً قيمته قيمة نصاب، فاضلاً عن مسكنه وثياب بدنه وإنائه[١] وفرسه وسلاحه، ومازاد على الدار الواحدة، والدستجات الثلاث من الثياب يعتبر في الغنى[٢].

(١٢٥١) وكذا الزيادة على القوسين للغازي، والزيادة على الواحد من الدّواب لغير الغازي، وكذا الخادم، وكتب الفقه لأهله مازاد على نسخة، ومن رواية واحدة في التفسير والأحاديث ومن المصاحف لمن لم يحسن القراءة وقيل: كل ذلك معتبر، وكتب الطب والأدب والنحو معتبرة في الغنى وللزارع مازاد على الثورين، وآلة الحراثين، ويعتبر قيمة الكرم والضيعة عند أبي يوسف[٣] وهلال[٤] رحمهما الله.

(١٢٥٢) ولو اشترى قوت سنة يساوي نصاباً ففيه كلام، والظاهر أنه لا يعدّ ذلك من الغنى، وعن أبي يوسف رحمه الله: يعتبر في وجوب صدقة أن يكفي ما وراء النصاب لنفقته ونفقة عياله سنة[٥].

---

١ - وفي نسخة "ب" (أثاثه).

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٤١٨ و ٢٧٦.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٤١٨.

٤ - قال اللكنوي في الفوائد البهيّة: هلال بن يحيى بن مسلم الرأي البصري قيل له "الرأي" لسعة علمه وكثرة فهمه كما قيل: ربيعة الرأي، أخذ الفقه عن أبي يوسف وزفر وأخذ عنه بكار بن قتيبة وله مصنف في الشروط وأحكام الوقف تداوله العلماء، مات سنة خمس وأربعين بعد المائتين (الفوائد البيهة/٢٢٣).

٥ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٤١٨-٤١٩.

(١٢٥٣) ويتعلق بهذا النصاب أحكام:

منها: وجوب صدقة الفطر والأضحية ، وحرمة وضع الزكـــاة فيـــه ووجوب نفقة الأقارب.

[سبب وجوب هذه الصدقة]

(١٢٥٤) وسبب وجوب هذه الصدقة رأس يمونه ويلي عليـــه؛ لأن النبي عليه السلام اعتبر المؤنة والولاية، حيث قـــال: "أدّوا عمـــن تمـــون[١]" وأوجبها على الصغار والمماليك.

(١٢٥٥) والأصل في الوجوب رأس الإنسان فكل رأس يمونه ويلـــي عليه يلتحق برأسه ، فيجب عليه صدقة الفطر وما لا فلا، فإنه يقال: "زكـــاة الرأس"، والحكم أبداً يضاف إلى سببه، ولأن الوج وب يتضاعف بتضـــاعف الرأس، كما يتضاعف الزكاة بتضاعف النصـــب، والحكـــم يـــزداد بزيـــادة السبب[٢].

ولا يقال: بأن السبب يوم الفطر، فإنه يقال "صدقة الفطـــر"، ويـــراد بالفطر يوم العيد؛ لأنا نقول: يوم الفطر شرط للوجوب، والرأس ســـبب إلا أن

---

١ – روى الدار قطني ثم البيهقي عن ابن عمر قال: أمر رسول الله ﷺ بصدقة عن الصغـــير والكبير عمن تمونون، الدار قطني /١٤١ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٤٧٢/٤، وانظـــر للتفصيل: نصب الراية ٤٣١/٢.

٢ – الفتاوى الهندية وقال فيه: كذا في شرح الطحاوي ١٩٣/١، ورد المحتار علـــى الـــدر المختار ٣١٤/٣.

السبب لا يعمل عمله في الإيجاب إلا في يوم العيد، فكان يوم العيد شرطاً للوجوب، والحكم يضاف إلى الشرط مجازاً من حيث أن الحكم يوجد به، فلو كان الوقت سبباً والرأس شرطاً لم يتضاعف الوجوب بتضاعف الرأس؛ لأن الحكم لا يتضاعف بتضاعف الشرط، فإن من قال لامرأته: "إن دخلت هذه الدار وهذه الدار"، لا يتضاعف وقوع الطلاق بتضاعف الدخول لأنه شرط، ولو حلف مراراً على دخول دار واحدة يتضاعف وقوع الطلاق بتضاعف اليمين؛ لأنه سبب لوقوع الطلاق، فدلّ أن الحكم يتضاعف بتضاعف السبب لا بتضاعف الشرط، والوقت يصلح شرطاً للوجوب كما في الزكاة، فإن المال سبب للوجوب وحولان الحول شرط للوجوب، وكذلك البيت في باب الحج سبب للوجوب، والوقت شرط للوجوب فعلم بأن السبب إنما هو الرأس لا اليوم[1].

[تعجيل صدقة الفطر]

(١٢٥٦) قال: ويجوز تعجيل هذه الصدقة قبل يوم الفطر بيوم أو يومين في رواية الكرخي، وعن أبي حنيفة رحمه الله بسنةٍ أو سنتين، وقال بعضهم: وإنما يجوز إذا مضى النصف من رمضان، وقال الحسن بن زياد رحمه الله: لا يجوز تعجيلها على اليوم، وقال خلف بن أيوب رحمه الله: إذا دخل رمضان يجوز، وهكذا ذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله، وهو الصحيح اعتباراً بتعجيل الزكاة بعد ملك النصاب[2].

---

١ - بدائع الصنائع ١٠٧/٢

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤١٧/٢-٤١٨.

(١٢٥٧) واختلف المشايخ رحمهم الله: أن ذكر اليوم واليومين في الأصل وقع اتفاقاً لا لتقييد الجواز به، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في شرح كتاب الصوم: أن ذكر اليوم والسنة في رواية الكرخي، وفي رواية أبي حنيفة رحمه الله، وقع اتفاقاً لا لتقييد الجواز به، حتى لو عجّل قبل ذلك يجوز، وقال بعضهم: لا بل كان لتقييد الجواز به؛ لأنّ المقصود إغناء الفقير في يوم الفطر، كما جاء به الحديث، فقضيته أن يختص بيوم الفطر ، ولكن جواز التعجيل قبله بيوم أو بيومين لما فيه من تحقيق الإغناء ليستغني به قبله ، ففي مازاد على ذلك يعمل بقضيته[1].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٤١٨.

بيان مصرف بيت مال الزكاة

[أولاً وثانياً : الفقراء والمساكين]

(١٢٥٨) وأمّا بيان مصرف ما ذكرنا من مال بيت مال الزكاة والعشور والكفارات وصدقة الفطر، فنقول: مصرف ما ذكرنا من الأموال ما نصّ الله تعالى في كتابه: ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ ﴾ [1] فالآية جامعة محلّ الصدقات.

(١٢٥٩) وإنها تدل على أن المساكين والفقراء صنفان، وهو مروي عن أبي حنيفة رحمه الله، وعن أبي يوسف رحمه الله أنها صنف واحد، فثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا أوصى بثلث ماله لفلان، وللفقراء والمساكين، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله ثلث الثلث لفلان، ولكل صنف ثلث آخر، وعلى ما روي عن أبي يوسف رحمه الله: لفلان نصف الثلث وللفريقين نصف الثلث[2].

(١٢٦٠) واختلفت الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله في معنى المسكين والفقير، روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: أن الفقير: من لا يسأل الناس وعنده ما يكفيه، والمسكين: من يسأل ولا شيء له، قال الله تعالى: ﴿أَوْ مِسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ ﴾ [3]، أي لاصقاً بطنه بالتراب من الجوع والعري،

---

١ - [التوبة /٦٠]

٢ - رد المحتار على الدر المختار ٣/٢٨٤، والفتاوى التاتارخانية ٢/٢٦٧.

٣ - [البلد/١٦]

وقال الشافعي رحمه الله: الفقير من يظهر افتقاره على الناس ويسأل الناس؛ والمسكين من له بلغة عيش، قال الله تعالى: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ﴾[1]، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أن الفقير: من يسأل الناس فيظهر افتقاره وحاجته للناس؛ والمسكين من لا يسأل[2].

[ثالثاً : العاملون عليها]

(١٢٦١) وأما العاملون: فهم الذين نصبهم الإمام لاستيفاء الصدقات والعشور ، فيعطيهم مما في أيديهم من مال الصدقة ما يسعه وأعوانه؛ لأنه عطّل نفسه لمصلحة الفقراء، فكانت كفايته وكفاية أعوانه في مجيئهم وذهابهم في مالهم[3].

(١٢٦٢) وإن أحاط ذلك بنصف العشر أو بثلثه، هكذا ذكره المعلى في نوادره، كالمرأة لما عطّلت نفسها لحق الزوج كانت نفقتها ونفقة أتباعها من خادم أو خادمين على زوجها ، ولا يقدّر بالثمن بل يعتبر الكفاية سواء زاد على الثمن أو قصر عنه، وكذا رزق القاضي، قال قاضي القضاة رحمه الله: كفاية أعوان العمال في زماننا لا تعتبر؛ لأنه إسراف محض.

(١٢٦٣) قال القدوري رحمه الله: يحل للعامل أخذ العمالة، وإن كان غنياً؛ ولم يذكر فيما إذا كان العامل هاشمياً أو غير هاشمي[4].

---

١ – [الكهف/٧٩]

٢ – رد المحتار على الدر المختار ٢٨٤/٣، والفتاوى التاتارخانية ٢٦٧/٢.

٣ – الفتاوى الهندية ١٨٨/١، ورد المحتار ٢٨٥/٣، والفتاوى التاتارخانية ٢٦٨/٢.

٤ – الفتاوى التاتارخانية نقلاً عن القدوري ٢٦٧/٢.

(١٢٦٤) وذكر الكرخي والطحاوي والجصاص رحمهم الله: أنه لايحل للهاشمي، ذلك عند علمائنا خلافاً للشافعي رحمه الله، واحتج بما روي أن النبي عليه السلام استعمل علياً في أمور الصدقات وفرض له شيئاً، ولأن هذه أجرة فتحل للهاشمي كما تحل للغني، ولنا: ما روي أن رسول الله عليه السلام استعمل زيد بن أرقم في أمور الصدقات واستتبعه رافع مولى النبي عليه السلام ، فقال عليه السلام: لاتحلّ الصدقة لمحمد ولا لآل محمد[١]، وإن مولى القوم منهم[٢] . ولأن هذه صدقة من وجه؛ لأنها جزء من الصدقة فتلحق بالصدقة من كل وجه تنزيهاً وكرامةً لقرابة رسول الله عليه السلام عن غسالة الناس[٣].

والغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة حتى حلّ له أخذها؛ لأن استحقاقه بطريق الكفاية[٤].

(١٢٦٥) والهاشمي آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل حارث بن عبد المطلب[٥].

ويجوز صرف الأوقاف وصدقة التطوع إلى بني هاشم، مروي ذلك عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

---

١ - قطعة حديث أخرجه أبو داود: ١٦٥٠ والترمذي: ٦٥٧

٢ - مصنف عبد الرزاق (٦٩٣٩): باب لا تحل الصدقة لآل محمد ٥٠/٤.

٣ - انظر لتمام البحث والتفصيل: بدائع الصنائع لأبي بكر الكاساني ٦٦/٢.

٤ - رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين الشامي ٢٨٥/٣.

٥ - الفتاوى التاتارخانية ٢٧٤/٢-٢٧٥.

[رابعاً : المؤلَّفة قلوبهم]

(١٢٦٦) وأما المؤلفة قلوبهم فهم كانوا من رؤساء العرب ثلاثة أصناف: صنف أسلم كعيينة بن حصن[1] والأقرع بن حابس[2] وصفوان[3]، كان رسول الله عليه السلام يعطيهم سهماً تأليفاً لقلوبهم على الإسلام، وصنفٌ كان رسول الله عليه السلام يعطيهم سهماً لرجاء الإسلام، وصنف كان يعطيهم لدفع شرهم حين كان بالمسلمين ضعف وبالكفار قوة، فلمّا

---

١ – عيينة بن حصن بن حذيفة بن بدر بن عمرو بن جوبة، يقال: كان اسمه حذيفة، فَلُقِّبَ عيينة، قال ابن السكن: له صحبة وكان من المؤلفة، ولم يصح له رواية، أسلم قبل الفتح وشهدها وشهد حنيناً والطائف، ثم كان ممن ارتد في عهد أبي بكر رضي الله عنه ومال إلى طلحة فبايعه، ثم عاد إلى الإسلام (الإصابة ٥٤/٣).

٢ – الأقرع بن حابس بن عقال بن محمد بن سفيان التميمي، شهد فتح مكة وحنيناً والطائف وهو من المؤلّفة قلوبهم وقد حسن إسلامه، وقال الزبير في النسب: كان الأقرع حكماً في الجاهلية، وكان شريفاً في الجاهلية والإسلام، واستعمله عبد الله بن عامر على جيش سيّره إلى خراسان، فأصيب بالجوزجان والجيش وذلك في زمن عثمان (الإصابة ٥٨/١-٥٩).

٣ – صفوان بن أميّة بن خلف بن وهب بن حذافة بن جمح أبو وهب أمه صفية بنت معمر بن حبيب جمحيّة أيضاً، قتل أبوه يوم بدر كافراً، وروى له مسلم والترمذي من طريق سعيد بن المسيب عن صفوان بن أميّة قال: والله لقد أعطاني النبي ﷺ وإنه لأبغض الناس إليّ فمازال يعطيني حتى إنه لأحب الناس إليّ ، وأخرج الترمذي من طريق معروف بن خربوذ قال: كان صفوان أحد العشرة الذين انتهى إليهم شرف الجاهلية، ووصله لهم الإسلام من عشر بطون ونزل صفوان على العباس بالمدينة ثم أذن له النبي ﷺ في الرجوع إلى مكة فأقام بها حتى مات بها قبل عثمان، وقيل: عاش إلى زمن علي (الإصابة ١٨٧/٢-١٨٨).

أعزّ الله الإسلام وأهله ، وقطع دابر الكافرين ، أجمعت الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين في خلافة أبي بكر رضي الله عنه على سقوط سهمهم، فإنه روي أنهم جاؤوا بعد وفاة رسول الله عليه السلام إلى أبي بكر رضي الله عنه وطلبوا منه جائزة رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكتب أبو بكر خط الجائزة ووقّع فيه، فخرجوا من عنده، وكان عمر رضي الله عنه جالساً فجاؤوا إلى عنده ليُعلمه بشهادته، فأخذ الكتاب ومزقّه، وقال: إن الله تعالى أعزّ الإسلام وأغنى عنكم، فرجعوا إلى أبي بكر رضي الله عنه، وقالوا: الخليفة أنت أم عمر؟ فقال: عمر إن شاء الله[1]، فانعقد الإجماع على عدم جواز الصرف إليهم أو عدم وجوبه علىاختلاف الأصلين، أما منهما فصريحاً، وأما من غيرهما من الصحابة رضوان الله عليهم فبالسكوت من غير رد رادّ ولا نكير منكر، وهذا النوع من الإجماع في الدرجة الثانية من مراتب الإجماع[2].

[خامساً : الرقاب]

(١٢٦٧) وأما الرقاب فالمراد منها المكاتبون، فإنه روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: "يعان المكاتبون منها في فكّ رقابهم"[3].

---

١ – قال الزيلعي في نصب الراية: رواه ابن أبي شيبة عن عامر الشعبي (٦٦/٣) ونقله الطبري في تفسيره (١١٢/١٠) (نصب الراية ٤١٠/٢) وموسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه /٤٧١.

٢ – انظر لتفصيل مسألة مؤلفة القلوب وسهامهم وانعقاد إجماع الأمة على سقوط سهامهم في البدائع للكاساني ٦٦/٢-٦٧.

٣ – كان علي رضي الله تعالى عنه يأمر الناس بإعانة المكاتبين في فكّ رقابهم ، انظر: مصنف عبد الرزاق، رقم الحديث: ١٥٥٨١، ٣٧٣/٨؛ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي=

[سادساً : الغارمون]

(١٢٦٨) وأما الغارمون: فهم الذين لزمهم الدين، وإن كان في أيديهم مال، إذا كان ذلك المال لا يزيد على الدين قدر النصاب، وقيل: المراد من الغارم رب الدين، فإن رب الدين يسمى غارماً[١]، وذكر بعض مشايخنا رحمهم الله في شرح الجامع الصغير: أن المراد الغازي والحاج المنقطع، ثم على قول من يقول: بأن المراد هو الغازي إذا كان فقيراً رقبةً ويداً، ويداً لا رقبة[٢] بأن كان منقطعاً عن ماله، فيكون فقيراً يداً غنياً رقبة، وأمّا إذا كان غنياً رقبةً ويداً لا يحل له الأخذ[٣].

[سابعاً : ابن السبيل]

(١٢٦٩) وأما ابن السبيل فهو المنقطع عن ماله، فيجوز الصرف إليه وإن كان له مال كثير في وطنه، وفي كتاب علي[٤] بن صالح الجرجاني رحمه الله: أن ابن السبيل هو الذي لا يقدر على ماله وهو غنيّ، ويقدر على أن

=٤/١٠٨-١١٠، وأحكام القرآن للجصاص ٣/١٢٤-١٢٥، وقال الجصاص: لا نعلم خلافاً بين السلف في جواز إعطاء المكاتب من الزكاة فثبت أن إعطاءه مراد بالآية والدفع إليه صدقة صحيحة.

١ - وفي التاتارخانية: وأما الغارم فيحتمل أن يكون المراد به رب الدين، فإن رب الدين أيضاً يسمى غارماً ٢/٢٦٩-٢٧٠.

٢ - وفي نسخة " أ " (إذا كان فقيراً رقبة ويداً، أو يداً لا رقبة).

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٢٧٠.

٤ - لم أجد ترجمته.

يستقرض، والقرض خير له من قبول الصدقة، وإن قبل الصدقة أجزأ ممن يعطيه[1].

[صرف الزكاة إلى صنف واحد من الأصناف]

(١٢٧٠) قال: إذا صرف الإمام أو المالك إلى صنفٍ واحدٍ من هذه الأصناف، أو صرفه إلى واحد من صنف واحد بأن أعطى مسكيناً واحداً أو فقيراً واحداً أجزأه عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز ما لم يصرف إلى ثلاثة من كل صنف من الأصناف السبعة؛ لأن الله تعالى جعل الصدقة لهذه الأصناف المذكورين في الآية، فلا يجوز حرمان البعض وإعطاء البعض، كما في المواريث، واعتبر من كل صنف ثلاثة؛ لأنه ذكر باسم الجمع، وأقل الجمع الصحيح ثلاث، ولأنه ذكر أصنافاً سبعةً فيجعل كأنه نص على السبعة، ولو نص على هذا لا يجوز الصرف إلى صنفٍ واحدٍ من السبعة، كما لا يجوز في كفارة اليمين إلى مسكين واحدٍ بالإجماع ، على أن هذا مال مضاف إلى جماعة بأسامٍ مختلفة فلا يجوز إعطاء البعض وحرمان البعض قياساً على الوصية.

وعلماؤنا رحمهم الله احتجوا بظاهر قوله: ﴿ وَإِن تُخۡفُوهَا وَتُؤۡتُوهَا ٱلۡفُقَرَآءَ ﴾[2]، فقد أمر بصرف الصدقة إلى الفقراء لا غير، فإن قيل: أمر بالصرف إلى الفقراء، والفقراء اسم جمع، فيجب أن لا يجوز الصرف إلى فقير واحد، وعندكم يجوز، قلنا: الألف واللام متى دخلت على الجماعة يسقط

---

١ - الفتاوى التاتارخانية وفيه: وفي كتاب علي بن صالح الجوزجاني ٢/٢٧٠-٢٧١.

٢ - [البقرة /٢٧١]

اعتبار معنى الجماعة، ويبقى العبرة للجنس، كما لو حلف لا يتزوج النساء فإن معنى الجماعة يلغو، ويتعلق الحكم بالجنس، حتى لو تزوج امرأةً واحدةً حنث في يمينه، والحكم المعلق بالجنس يتعلق بأدنى ما يطلق عليه اسم الجنس ، كما لو حلف لا يشرب الماء فشرب قطرةً، حنث في يمينه.

فإن قيل: أمر بالصرف إلى الأصناف بأسامٍ مختلفة فيتعلق الاستحقاق بمعنى في الاسم.

قلنا: الاستحقاق يتعلق بالحاجة، لا بالاسم المذكور في النص بدليل أن ابن السبيل إذا كان غنياً، أو الغازي أو الغارم لا يحلّ له الصدقة، والاسم موجود، ولو كان الاستحقاق معلقاً بالاسم لا بالحاجة لجاز الصرف إلى من وجد فيه الاسم، وجدت الحاجة أو لم توجد، كما في المواريث، ولأن الاستحقاق لو كان بالاسم لكان إذا اجتمع في شخص واحد أسامٍ استحق بكل اسم سهماً على حدةٍ، كما في المواريث إذا اجتمع سببان في شخص واحد بأن كان زوجاً وابن عم فإنه يستحق بالاسمين جميعاً؛ لأن الاستحقاق كان معلقاً بالاسم، وههنا الشخص الواحد إذا اجتمع فيه اسمان أو أسامٍ بأن كان مكاتباً، وهو ابن السبيل، وهو مسكين وغارم، فإنه لا يستحق إلا سهماً واحداً، فعلم بأن الاستحقاق بالحاجة لا بالاسم، وإذا كان الاستحقاق معلقاً بالحاجة صار كأن الله تعالى قال: إنما الصدقات للمحتاجين، ولو قال هكذا يجوز الصرف إلى واحد من المحتاجين لا إلى جميع المحتاجين ولا إلى الجماعة؛ لما ذكرنا أن الألف واللام متى دخلت في الجماعة يسقط معنى الجماعة فيتعلق

الحكم بالجنس، أمّا قوله: بأنه أضاف إلى جماعةٍ مختلفةٍ فلا يجوز إعطاء البعض كما في الوصية والمواريث، قلنا: الاستحقاق ثمة معلّق بالاسم، وههنا معلق بالحاجة[1].

وأما مسألة الوصية لا رواية عن أصحابنا رحمهم الله في هذه المسألة، ومتى أوصى بثلث ماله للأصناف السبعة على الوجه المذكور في الآية، لو صرف إلى صنف واحد يجوز عندنا، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في المبسوط، وقال: دلالة حاله تدل على أنه علّق الاستحقاق بالحاجة لا بالاسم؛ لأن الاستحقاق لو كان معلّقاً بالاسم لا يجوز الوصية؛ لأنهم حينئذٍ يكونون مجهولين.

ومن المشايخ من فرّق بينهما، وقال: لا يعتبر أمر العباد بأوامر الله تعالى؛ لأن المعنى يراعى في أوامر الله تعالى، لا الاسم حتى لايعرى كلامه عن فائدة، وفي أوامر العباد يراعى الاسم والمعنى لاحتمال أنه لم يقصد الفائدة، وإنما قصد الاسم؛ لأنه قد يخلو قوله وفعلُه عن فائدة؛ ألا ترى! أن من قال لآخر: "كاتب عبدي إن علمت فيه خيراً" فإنه لا يجوز، والله تعالى أمر بالكتابة على هذا الشرط، ثم لو كاتب و لم يعلم فيه خيراً جاز، فعلم أن أوامر العباد لايعتبر بأوامر الله تعالى.

---

١ - انظر للتفصيل: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٦٩.

النوع الثالث

في مال الخراج والجزية

النوع الثالث في بيان بيت مال الخراج والجزية وصدقات بني تغلب وما يأخذ العاشر من الكفرة وما يجمع بين الخراج والجزية ومصارف هذه الأموال.

(١٢٧١) فنبدأ أولاً ببيان خراج الأرض، وأرض الخراج، وماء الخراج ومقدار الخراج، ومن يجب عليه الخراج ومن لا يجب، والأسباب الموجبة لسقوط الخراج وتعجيل الخراج، وأوان وجوب الخراج.

[خراج الأرض]

(١٢٧٢) فنقول: الخراج على وجهين: خراج مقاسمة، وخراج وظيفة، وصورة خراج المقاسمة: أن يفتح الإمام بلدةً من بلاد أهل الحرب قهراً وعنوةً، ومَنّ عليهم برقابهم وأراضيهم، فيقاسمهم في زروع أراضيهم وثمار كرومهم على ما يرى الصلاح فيه من إيجاب سدس الخارج، وربعه، وثلثه إلى النصف، لا يزيد على النصف، نظراً لربّ المال ولا يجب بالتمكن؛ لأن محلها الخارج، فما لم يوجد الخارج حقيقةً لا يجب كالعشر[1].

١- بدائع الصنائع للكاساني ٩٤/٢؛ والفتاوى التاتارخانية ٤١٧/٥.

وصورة خراج الوظيفة: أن يفتح الإمام بلدةً من بلاد أهل الحرب قهراً وعنوةً، ومنّ عليهم برقابهم وأراضيهم فيوظّف على الأراضي مقداراً معلوماً من الدراهم أو الدنانير، أو أقفزةً معلومةً من الطعام على قدر ما يرى الإمام الصلاح فيه، حصل الخارج حقيقةً بأن زرع، أو اعتباراً بأن ترك الزراعة مع الإمكان[1].

[أرض الخراج]

(١٢٧٣) وأما أرض الخراج، قال محمد رحمه الله في كتاب العشر والخراج: أرض السواد كلها خراجية، وأراد به "سوادَ العراق"، وحدّ السواد طولاً من تخوم "الموصل" إلى أرض "عبّادان[2]" وحدّه عرضاً من منقطع الجبل من أرض "حلوان" إلى أقصى "القادسية" المتصل بـ"عذيب" من أرض "العرب" وكذا ماوراء "سواد العراق" من أرض الجبل كأراضي "طبرستان"، ونحوها، خراجية[3]، وكذا كل أرضٍ فتحت قهراً وعنوةً، و لم يسلم أهلها، ومنّ عليهم، وترك على أهلها أراضيهم فهي خراجيةٌ إن كان يصل إليها ماء الخراج[4]، وكل بلدةٍ فتحت صلحاً،

١- الفتاوى التاتارخانية ٤١٧/٥.

٢- عبّادان بفتح وتشديد الباء حصن صغير على شط البحر؛ وفي المثل: ليس وراء عبّادان قرية، كما في المستصفى وغيره (مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٦٦٢/١) ط- دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع.

٣- الفتاوى التاتارخانية ٤١٧/٥-٤١٨، والفتاوى الخانية على هامش الهندية ٢٧٠/١.

٤ - الفتاوى الخانية بهامش الهندية ٢٧٠/١.

وقبلوا الجزية فهي أرض خراج، وكل بلدةٍ فتحت عنوةً، وأسلم أهلها قبل أن يحكم الإمام فيهم بشيء كان الإمام بالخيار فيها: إن شاء قسّمها بين الناس، وتكون عشرية، وإن شاء منّ عليهم، وبعد المنّ كان الإمام بالخيار: إن شاء وضع العشر، وإن شاء وضع الخراج إن كانت تسقى بماء الخراج[1]، وكذا كل بلدة طلب أهلها من الإمام ذمةً، والإمام يجيبهم إلى ذلك، ويضع على أراضيهم الخراج[2]، وكذا الإمام إذا نقل قوماً من أهل الذمة من بلدةٍ إلى بلدةٍ أخرى لمصلحةٍ رآها، فإن الأراضي المنتقلة إليها أراضي خراجٍ[3]، وكذلك الإمام إذا فتح بلدةً قهراً وعنوةً، وتردّد بين أن يمنّ عليهم برقابهم وأراضيهم بالخراج وبين أن يقسّمها بين الغانمين، فوظّف الخراج على الأراضي، ثم بدا له أن يقسّمها بين الغانمين فقسّمها فهي خراجية[4]، وكذا أرض عشرية انقطع عنها ماء العشر، وصارت تسقى بماء الخراج، فهي خراجية، وهذا قول محمد رحمه الله[5].

وأرض الجبال التي لا يصل إليها ماء العشر، وما أحيي من الموات إن أحيي بماء الخراج فهي خراجية، وما لا يبلغها ماء الخراج وأحيي ببئرٍ أو قناة ينظر إلى ما حولها من الأرض: إن كان حولها أرض خراج فهي خراجية، وإن كان حولها أرض عشر فهي عشرية[6].

---

١ - الفتاوى الخانية على هامش الهندية ١/٢٧٠-٢٧١.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤١٨.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤١٨.

٤ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤١٨.

٥ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤١٥.

٦ - الفتاوى الخانية على هامش الهندية ١/٢١٧.

[ماء الخراج]

(١٢٧٤) وأمّا ماء الخراج: ماء الخراج ماء الأنهار التي حفرها الأعاجم كنهر "يزدجر" ونهر "الملك" وأشباههما خراجية، و"السيحون" و"الجيحون" و"دجلة" و"الفرات" خراجية في قول أبي يوسف رحمه الله، وقد ذكرنا حكم مائها في مسائل العشر فلا نعيده[١].

[مقدار الخراج]

(١٢٧٥) وأما مقدار الخراج في خراج الوظيفة، قال محمد رحمه الله: في كل جريب يصلح للزراعة في كل سنة قفيزٌ من الحنطة، أو الشعير ودرهم؛ وفي جريب الرطب خمسة دراهم؛ وفي جريب الكرم عشرة دراهم، وعرف ذلك بتوظيف عمّال عمر رضي الله عنه حذيفة بن اليمان[٢]، وعثمان بن حنيف[٣]، وإجازته بمشورة علي ومعاذ بن جبل

---

١ – الفتاوى الخانية على هامش الهندية ١/٢٧٠.

٢ – حذيفة بن اليمان العبسي من كبار الصحابة ، روى عن النبي ﷺ الكثير، وعن عمر، وروى عنه جابر وجندب، وعبد الله بن يزيد، وأبو الطفيل والآخرون ومن التابعين بلال وربعي بن خراش وغيره، استعمله عمر على المدائن و لم يزل بها حتى مات بعد قتل عثمان، وبعد بيعة علي بأربعين يوماً، وذلك في سنة ستة وثلاثين (الإصابة في تمييز الصحابة ١/٣١٨).

٣ – عثمان بن حنيف: قال الترمذي: شهد "بدراً"، وقال الجمهور: أول مشاهده "أحد" بعثه عمر بن الخطاب على مساحة الأرض بعد فتح "الكوفة"، روى عنه ابن أخيه أبو أسامة بن سهل، وطائفة، له قصة مشهورة في وقعة "جمل"، سكن "الكوفة" ومات في خلافة "معاوية" (الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ٢/٤٥٩).

رضي الله عنهما حين بعثهما ليمسحا سواد العراق، فمسحا فبلغ ستة وثلاثين ألف ألف جريب، ووضع الخراج على التقدير الذي قال في الكتاب[1].

وفي أرض الزعفران بقدر ما تطيق؛ لأن الخراج يوظّف بقدر الطاقة، ألا ترى! أن عمر رضي الله عنه قال للذّين مَسَحَا سواد العراق: "لعلكما حملّتما الأراضي ما لا تطيق"، فقالا: لا بل حمّلناها ما تطيق، ولو زدنا لأطاقت، فيه دليل على أن التوظيف مقدر بالطاقة، وليس في الزعفران والبستان توظيفٌ منهما؛ لأن الزعفران لم يكن بسواد العراق في ذلك الوقت[2].

وذكر القاضي الإمام[3] صدر الإسلام رحمه الله في شرح كتاب العشر والخراج: أن في أرض الزعفران قفيزاً ودرهماً، وذكر صدر الإسلام معنى الطاقة في أرض الزعفران، فقال: ينظر أن ما يخرج من جريب الأرض من الزرع كم قيمته، فإن كانت قيمته مائة ينظر إلى الواجب فيه، وهو قفيز ودرهم، كم يبلغ؟ فإن كان يبلغ أربعة بأن كانت قيمة القفيز ثلاثةً، عرفت أن الواجب في المائة أربعة دراهم، ثم ينظر: إن الخارج من الزعفران كم قيمته فإن كانت قيمته مائة يجب فيه أربعة، وإن كانت قيمته مائتين يجب فيه ثمانية فعلى هذا القياس[4].

---

١ – الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٢٧١/١.

٢ – انظر: موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه /٣٨٢-٣٨٣.

٣ – كل موضع ذكر "القاضي الإمام فهو علي البزودي، هكذا في نسخة "أ" وهي ساقطة من نسخة "ب" و"ج".

٤ – الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٢٧١/١، والتاتارخانية ٤٢٠/٥، وبدائع الصنائع للكاساني ٩٤/٢.

بيان ذراع الملك

(١٢٧٦) والجريب ستون ذراعاً في ستين ذراعاً بذرعان الملك، وذراع الملك سبع قبضات، وذلك يزيد على ذراع العامة بقبضة قبضات الرجل الوسط، قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زادة رحمه الله[1]: يقول محمد رحمه الله: الجريب اسم لستين ذراعاً حكايةً عن جريبهم، وليس بتقدير لازم، بل جريب الأراضي يختلف باختلاف البلدان، فيعتبر في كل بلدةٍ متعارف أهلها، وأراد بذراع الملك ذراعاً كان ينسب إلى ملكهم في زمانهم، وكانت الأرض في ذلك الزمان تذرع بذراع الملك، والكرباس وأشباهه يذرع بذراع العامّة[2].

[بيان القفيز]

(١٢٧٧) والمراد من القفيز الصاع الذي كان على عهد رسول الله عليه السلام، وهو ثمانية أرطال بالعراقي، وهو أربعة أمناء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهو قول أبي يوسف الأول رحمه الله. ثم رجع أبو يوسف رحمه الله، وقال: هو خمسة أرطال، وثُلث رطل وهو صاع أهل المدينة، وبه قال الشافعي رحمه الله. وقال بعض مشايخنا رحمهم الله: لا خلاف بينهم في مقدار الصاع؛ لأن المنّ عندنا أربعون إستاراً

---

١ - قد مرت ترجمته في المجلد الثاني/١٠.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٠، والفتاوى الخانية على هامش الهندية ١/٢٧١.

فيكون أربع مرات أربعون إستاراً، مائة وستون[1]، والمنّ عند الشافعي رحمه الله: ستون إستاراً فيكون مرتين ستون، مائة وعشرين، وثلثا منٌ أربعون إستاراً، فيكون مائة وستين[2] فلا يتحقق الخلاف بيننا وبينه في مقدار الصاع[3].

وبعض أصحابه يقولون: إن المنّ عندنا أربعون إستاراً، فعلى هذا يتحقق الخلاف في مقدار الصاع، والصاع الذي يقدّر بثمانية أرطال ما يستوي كيله ووزنه هو العدس والماش، فإن العدس يستوي كيله ووزنه حتى لو وزن من ذلك ثمانية أرطال ووضع في الصاع لايزيد ولا ينقص، وما سوى ذلك تارةً يكون الوزن أقل من الكيل كالملح، وتارةً يكون الوزن أكثر من الكيل كالشعير، فإذا كان المكيال يسع فيه ثمانية أرطال من العدس والماش، فهو الصاع الذي يكال به الحنطة والتمر والشعير في الخراج وصدقة الفطر.

وذكر في كتاب العشر والخراج: القفيز المعتبر من كل ما يزرع في ذلك الأرض، وقال في موضع آخر: القفيز المعتبر يكون من الحنطة.

---

١ - هكذا في النسخ الثلاث ولعل الصحيح (مائة وستين).

٢ - هكذا في نسخة "ب"، وفي نسخة " أ " (فيكون أربع مرات أربعون إستاراً ومائة وستون،... فيكون مرتين ستون مائة وعشرين ثلثا من أربعون إستاراً)، وفي نسخة "ج" (فيكون أربع مرات أو أربعون إستاراً الخ).

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢١/٥.

[المراد من الدرهم]

(١٢٧٨) والمراد من الدراهم الدرهم الذي يوزن بوزن سبعة، وقد مرّ تفسير وزن سبعة في فصل الزكاة، وذكر الشيخ الإمام الفقيه أبو الليث رحمه الله في فتاواه في آخر باب الصلح في تفسير وزن سبعة، قال: كان على عهد عمر رضي الله عنه دراهم مختلفة على اثني عشر قيراطاً وبعضها عشرون قيراطاً، وبعضها عشر قرائط، وكان الدينار على نوع واحدٍ وهي عشرون قيراطاً، وكان يقع الخصومة بين الناس في مبايعاتهم فشاور عمر أصحابه رضي الله عنهم[1] قال بعضهم: خذ من كل نوع فأخذ عمر رضي الله عنه ثلث العشرة، وثلث اثني عشر، وثلث عشرين، فبلغ أربع عشر قيراطاً فجعل وزن الدرهم وزن أربع عشر قيراطاً، ووزن الدينار على حاله عشرون قيراطاً، فصار وزن عشرة

١ - وقال الماوردي في "الأحكام السلطانية": وذكر آخرون: أن السبب في ذلك أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- لما رأى اختلاف الدراهم، وأن منها البغلي: وهو ثمانية دوانق، ومنها الطبري: وهو أربعة دوانق، ومنها المغربي: وهو ثلاثة دوانق، ومنها اليمني: وهو دانق، قال: انظروا الأغلب مما يتعامل به الناس من أعلاها وأدناها، فكان الدرهم البغلي، والدرهم الطبري، فجمع بينهما، فكانا اثني عشر دانقاً، فأخذ نصفها فكان ستة دوانق، فجعل الدرهم الإسلامي في ستة دوانيق ومتى زيدت عليه ثلاثة أسباعه كان مثقالاً، متى نقصت من المثقال ثلاثة أعشاره كان درهماً، فكل عشرة دراهم سبعة مثاقيل، وكل عشرة مثاقيل أربعةعشر درهماً وسبعان (الأحكام السلطانية للماوردي: ٢٧٣، ط: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى: ١٩٩٠م).

دراهم مائة وأربعين قيراطاً مثل وزن سبعة دنانير، كل دينار عشرون قيراطاً إلا أنهم أخذوا الدراهم اثني عشر قيراطاً؛ لأنه أقل كسراً[1].

[تقدير الخراج]

(١٢٧٩) ثم إن محمداً رحمه الله اعتبر طاقة الأرض في الخراج، ومعنى الطاقة: أن لا يزيد الخراج على نصف الخارج، وذكر في السير الكبير ما يشير إلى هذا، فقال: إذا كانت الأرض بحال يخرج منها كل سنة قفيزان ودرهمان، فأخذ منه قفيزاً ودرهماً كان بقدر الطاقة، وروى داود بن رشيد[2] عن محمد رحمهما الله في معنى الطاقة أن يترك لكل رجلٍ من أصحاب الأراضي من زرعه ما يقوته ويقوت عياله وبذره في أرضه إلى أن يعود الزرع من عام قابل[3].

---

١ - وفي التاتارخانية: والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو أن يكون كل عشرة دراهم سبعة مثاقيل، والأصل فيه: أن الدراهم على عهد عمر رضي الله عنه كانت على ثلاثة أنواع: اثنا عشر قيراطاً وعشرون قيراطاً، وعشرة قراريط، والدينار على نوع واحد، وهو عشرون قيراطاً، وكان يقع بين الناس الخصومة في مبايعاتهم بالدراهم فشاور أصحابه في ذلك، فقيل له: خذ من كل نوع ثلاثة، فأخذ عمر رضي الله ثلث العشر وثلث اثني عشر وثلث العشرين، فبلغ ذلك أربعة عشر قيراطاً، وقدّر وزن الدنانير على حاله، ويبلغ وزن عشر دراهم مائة وأربعين قيراطاً، وهو وزن سبعة دنانير، كل دينار عشرون قيراطاً، واختلفوا في وزن الدراهم على عهد رسول الله ﷺ ، فقيل: إنها كانت على وزن سبعة وقيل: كانت على وزن ستة والأصح أنها كانت على وزن خمسة وكذلك على عهد الصديق ثم صار على وزن سبعة على عهد عمر رضي الله عنه ٢/٢٣٠.

٢ - مرت ترجمته في المجلد الأول ١/١٢٣.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٣.

قال: إن كانت الأرض لا تطيق خسمة دراهم بأن كان الخارج لا يبلغ عشرة دراهم يجوز النقصان عن ذلك، حتى يصير الخراج مثل نصف الخارج؛ لأن النقصان عن وظيفة عمر رضي الله عنه إذا كانت الأراضي لا تطيق تلك الوظيفة جائز بالإجماع.

أما الزيادة على تلك الوظيفة في الأراضي التي صدر التوظيف فيها من عمر رضي الله عنه لا يجوز بالإجماع، وكذلك في الأراضي التي صدر التوظيف فيها من إمام مثل عمر بمثل وظيفة عمر لا يجوز الزيادة بالإجماع[1].

(١٢٨٠) أما الأراضي التي يريد الإمام توظيف الخراج عليها ابتداءً، إذا زاد على وظيفة عمر رضي الله عنه، على قول محمد رحمه الله وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله: يجوز، وعلى قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله: لا يجوز، وهو الصحيح[2].

وقال: ولو أن الإمام وظّف مثل وظيفة عمر رضي الله عنه، ثم أراد أن يزيد على تلك الوظيفة ليس له ذلك، وإن كانت الأراضي تطيق الزيادة، وكذلك لو أراد أن يحوّلها إلى وظيفةٍ أخرى بأن كانت الوظيفة الأولى دراهم فأراد أن يحوّلها إلى المقاسمة، أو كانت الوظيفة الأولى مقاسمةً فأراد أن يحوّلها إلى الدراهم ليس له ذلك.

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٢.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٢.

فإن زاد عليهم على تلك الوظيفة أو حوّلها إلى وظيفة أخرى وحكم بذلك عليهم، وكان من رأيه ذلك ثم وليّ بعده والٍ يرى خلاف ذلك، فإن كان الأول صنع ما صنع بطيب أنفسهم أمضى الثاني ما فعله الأول، وإن كان الأول صنع ذلك بغير طيب أنفسهم، فإن كانت الأراضي فتحت عنوةً، ثم منّ الإمام بها عليهم، أمضى الثاني ما صنع الأول وإن افتتحت الأراضي بالصلح قبل أن يظهر الإمام عليهم وباقي المسألة بحالها، فالثاني ينقض فعل الأول[1].

(١٢٨١) وأما خراج المقاسمة: فقد ذكرنا أن التقدير مفوّض إلى رأي الإمام من إيجاب سدس الخارج، وثلثه، وربعه إلى النصف، ولا يزاد على نصف الخارج، قال في كتاب العشر والخراج: وينبغي أن يكال هذا القفيز بزيادة حفنتين، وتكلّموا في تفسير قوله: أن يكال بزيادة حفنتين، قال بعض مشايخنا رحمهم الله: تفسيره: أن يضع الكيّال كفّيه على جانبي القفيز عند الكيل من الصبرة، ويمسك ما يقع في كفّيه من الطعام ويصبّ القفيز مع ما في حفنتين في جوالق العاشر، وبعضهم قالوا: معناه أن يملأ الكيّال القفيز ثم يمسح ما أعلى[2] القفيز حتى ينصبّ ما في أعلاه من الحبات، ثم يصبّ القفيز في جوالق العاشر مع ما يملأ حفنتيه من الصبرة[3].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٢/٥.

٢ - وفي نسخة "ب" (فيما أعلى) وفي نسخة "ج" (ملاء على القفيز).

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢١/٥.

[من يجب عليه الخراج ومن لا يجب]

(١٢٨٢) وأما من يجب عليه الخراج ومن لا يجب: كل من ملك أرض الخراج يؤخذ منه الخراج، مسلماً كان أو كافراً، حـــراً كـــان أو مكاتباً أو عبداً مأذوناً، صغيراً كان أو كبيراً، رجلاً كان أو امرأةً[1].

(١٢٨٣) قال محمد رحمه الله في كتاب العشر والخراج: "وليس في النخيل والشجر شيء"، ومعناه: إذا كان حول المزرعة أشجار إلا أنها لا تكون ملتفة بحيث يمكن زراعة ما تحتها، فإنه لا يجب بسبب الأشجار والنخيل وظيفة أخرى زيادةً على خراج الأرض[2].

(١٢٨٤) أما إذا كان في نفس المزرعة أشجار ملتفــــة بحيــث لايمكن زراعة ما تحتها، ذكر محمد رحمه الله في كتاب العشر والخراج مــن الأصل: أنه يوضع على كل جريب عشرة دراهم، ولم يذكر: أن هـــذا قول من؟ وفي النوادر عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يوضع علـــى كـــل جريب عشرة دراهم مثل ما ذكر محمد رحمه الله في نوادر الزكـــاة، وفي الجامع الصغير: أن على قوله: يوضع على كل جريب بقدر مـــا تطيـــق، وتبيّن بما ذكر محمد رحمه الله من قوله في النوادر وفي الجامع الصغـــير: أن المذكور في الأصل قول أبي يوسف رحمه الله[3].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٣/٥.

٢ ـ الفتاوى التاتارخانية ٤٢٣/٥.

٣ - الفتاوى التاتارخانية وفيه: وفي النوازل، بعد قوله: "إن هذا قول من؟" ٤٢٤/٥.

(١٢٨٥) قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير: رجل له أرض خراج عطّلها فعليه الخراج، وقال في كتاب العشر والخراج من الأصل: لو أن أرضاً من الأراضي الخراجية عجز عنها صاحبها وعطّلها، وتركها كان للإمام أن يدفعها إلى من يقوم عليها، ويؤدّي خراجها، وأراد بقوله من يقوم عليها، ويؤدّي خراجها، من يعمل فيها بالخراج ويأخذ الأرض ويزرعها ويؤدّي الخراج من الغلة ويمسك الباقي لنفسه[١].

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: والصحيح من الجواب في هذه المسألة أن يؤجر الإمام الأراضي أوّلاً ويأخذ الأجر ويدفع قدر الخراج ويمسك الباقي لربّ الأرض، وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الزيادات[٢].

وإن كان لا يجد من يستأجرها يدفعها مزارعةً بالثلث والربع على قدر ما يؤخذ من مثل تلك الأرض مزارعةً، ويأخذ الخراج من نصيب صاحب الأرض، ويمسك الباقي على ربّ الأرض.

وإن كان لا يجد من يأخذها مزارعةً يدفعها إلى من يقوم عليها ويؤدّي الخراج عنها.

(١٢٨٦) وعن هذا قال بعض المشايخ: السلطان إذا دفع أراضي لا مالك لها، وهي التي تسمّى أرض مملكة إلى قوم ليعطوا الخراج جاز[٣].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٤.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٤.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٤.

قال: فإن لم يجد الإمام من يعمل فيها بالخراج يبيعها ويدفع الخراج من ثمنها ويحفظ الباقي على ربّ الأرض[1].

(١٢٨٧) قيل: ما ذكر أن الإمام يبيع الأراضي، قولُ أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: ينبغي أن لا يبيعها ولا يؤاجرها، لأن ذلك حجر وعنده الحجر على العاقل البالغ باطل، وقيل: هذا قول الكل وهو الصحيح[2].

(١٢٨٨) وذكر في بعض الكتب في هذه المسألة: أن يشتري ثيراناً، وأداة للزراعة، ويدفعها إلى إنسان ليزرعها. فإذا حصلت الغلة يأخذ منها قدر الخراج وما أنفق عليها، ويحفظ الباقي على ربّ الأرض[3].

(١٢٨٩) فقال: أبو يوسف: يقرض الإمام لصاحب الأرض من مال بيت المال ما يشتري به الثيران والأداة؛ لأن الإمام مأمور بتثمير مال بيت المال بأي وجه يتهيّأ له، وهذا من التثمير.

فإذ ظهرت الغلة يأخذ منها الخراج ومقدار ما أقرض من بيت المال.

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٥.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٥.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٥.

هذا كله إذا كان ربّ الأرض عاجزاً عن الزراعة بأن كان معسراً، أما إذا كان غنياً فالإمام[1] يتقدم إليه: لم لا تزرع أرضك؟ ولا يجبره على العمل ولكن يأخذ الخراج منه لتركه زراعتها مع الإمكان[2].

(١٢٩٠) ثم إذا كان ربّ الأرض عاجزاً عن الزراعة وصنع الإمام بالأرض ما ذكرنا، ثم عادت قدرته وإمكانه من العمل والزراعة، يستردّها الإمام ممن هي في يده، ويردّها على صاحبها إلا في البيع خاصة[3].

(١٢٩١) قال: قرية فيها أراضٍ مات أربابها، أو غابوا وعجز أهل القرية عن خراجها، وأرادوا التسليم إلى السلطان، يفعل على نحو ما قلنا، فإن أراد السلطان أن يأخذها لنفسه يبيعها من غيره، ثم يشتري من المشتري.

(١٢٩٢) قال: السلطان إذا جعل الخراج لصاحب الأرض، وتركه عليه جاز في قول أبي يوسف رحمه الله، خلافاً لمحمد رحمه الله، قال قاضي القضاة رحمه الله: الفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله إذا كان صاحب الأرض من أهل مصرف الخراج، ولو جعل العشر لصاحب الأرض لا يجوز في قولهم جميعاً[4].

---

١ - وفي نسخة "ب" (فللإمام أن يتقدم إليه).

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٥/٥.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٥/٥-٤٢٦.

٤ - الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٢٧٣/١.

(١٢٩٣) قال: السلطان إذا لم يطلب الخراج ممن عليه الخراج كان على صاحبه أن يتصدّق به، فإن تصدّق بعد الطلب لايخرج عن العهدة[١].

(١٢٩٤) قال: السلطان إذا وهب لرجل خراج أرضه، ذكر في السير الكبير: أنه لا ينبغي له أن يقبل؛ لأنه حق الجماعة، فإن كان مصرفاً كان له أن يقبل[٢].

(١٢٩٥) وللسلطان أن يحبس غلة أرض الخراج حتى يأخذ الخراج[٣].

(١٢٩٦) قال: رجل باع أرضاً بيضاء خراجية إن بقي من السنة مقدار ما يقدر المشتري على زراعتها قبل دخول السنة الثانية، فالخراج على المشتري، وإن لم يبق من السنة ذلك المقدار، فالخراج على البائع، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله في النوادر، فإنه ذكر في النوادر: إذا غرق أرض الخراج، ثم نضب الماء عنها، إن نضب في وقت يقدر على زراعتها ثانياً قبل دخول السنة الثانية، و لم يزرعها فعليه الخراج، وإن نضب الماء عنها في وقت لا يقدر على زراعتها ثانياً قبل دخول السنة الثانية لا يجب الخراج[٤].

---

١ – الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٢٧٣/١.

٢ – الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٢٧٤/١.

٣ – الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٢٧٤/١.

٤ – الفتاوى التاتارخانية ٤٢٦/٥.

(١٢٩٧) ثم اختلف المشائخ رحمهم الله: أن المعتبر زرع الحنطة، أو الشعير أو أي زرع كان، قال الشيخ الإمام الفقيه أبو منصور رحمه الله[١]: المعتبر أي زرع كان، وقال الشيخ الإمام الفقيه أبو القاسم رحمه الله[٢]: المعتبر زرع الحنطة أو الشعير[٣].

(١٢٩٨) وكذلك اختلفوا: أنه هل يشترط لوجوب الخراج على المشتري إدراك الريع[٤] بكماله؟ بعضهم شرطوا تمكن المشتري من أن يزرع الأرض ويدرك ريعها قبل دخول السنة الثانية، وإلى هذا القول مال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله، وبعضهم قالوا: إن بقي من السنة مقدار ما يمكّنه أن يزرع الأرض أي زرعٍ كان، ويصير قصيلاً، ويبلغ قيمته قدر الخراج ومثله[٥]، يجب الخراج على المشتري، وإن كان بخلافه فالخراج على البائع.

وكان الصدر الشهيد رحمه الله يختار: أنه إن بقي من السنة تسعون يوماً، فالخراج على المشتري، وإن كان أقل من ذلك، فالخراج على البائع.

---

١ - مرت ترجمته في المجلد الأول ١/٨٠.

٢ - قد مر ذكره في المجلد الأول ١/١١٠.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٦، وعبارتها: ثم اختلف المشايخ فيما بينهم: أن المعتبر زرع الحنطة أو الشعير، أو أي زرع كان، فالفقيه أبو نصر يعتبر أي زرع كان.

٤ - وفي نسخة "ب" (الريعة).

٥ - اتفقت النسخ الثلاثة على (ومثله).

وهذا منه اعتبار زرع الدخن، وإدراك الربيع بكماله، فإن ريع الدخن يدرك في مثل هذه المدة.

وإن كانت الأرض مزروعةً، فإن كان الزرع لم يبلغ بعد، فالخراج على المشتري على كل حال، ذكره في نوادر مختصر عصام.

وإن كان الزرع قد بلغ وانعقد الحب كان هذا كما لو باع أرضاً فارغةً وباع معها حنطةً محصودةً، هكذا ذكر في آخر زكاة فتاوى الشيخ الإمام الفقيه أبي اللّيث رحمه الله[١].

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: هذا الذي ذكرناه إذا كانوا يأخذون الخراج في آخر السنة، فإن كانوا يأخذون في أول السنة على سبيل التعجيل، لا يجب على البائع ولا على المشتري؛ لأن ذلك ظلم محض[٢].

(١٢٩٩) قال: ولو اشترى أرض الخراج ولم يكن في يد المشتري مقدار ما يتمكّن من الزراعة فيها، فأخذ السلطان الخراج من المشتري، لم يكن للمشتري أن يرجع على البائع؛ لأنه ظلم، ومن ظُلِمَ ليس له أن يظلم غيره[٣].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٦-٤٢٧.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٧.

٣ - الفتاوى التاتارخانية نقلاً عن الخانية ٥/٤٢٨، والخانية ١/٢٧٢-٢٧٣.

قال: رجل له أرض خراجية، غرس فيها كرماً، وهي لا تبلغ سنتين، ولا تثمر شيئاً، لا قليلاً ولا كثيراً، فإنّه يجب عليه ما يجب في أرض يزرع في كل جريب قفيز ودرهم، ولا يجب عليه خراج الكرم، فإن بلغ الكرم وأثمر وكانت قيمة الخارج من كل جريب يبلغ عشرين درهماً فصاعداً، فعليه خراج الكرم، في كل جريب عشرة دراهم، وإن كانت قيمة الخارج من كل جريب أقل من عشرين درهماً ، فإنه يؤخذ منه بقدر نصف الخارج إلا أن يكون نصف الخارج أقل من قفيز ودرهم، فحينئذٍ يؤخذ منه قفيز ودرهم، وذكر في بعض الروايات: أنه إذا كان الخارج أقل من عشرين درهماً يؤخذ منه قفيز ودرهم[1].

وذكر القاضي الإمام صدر الإسلام رحمه الله في شرح كتاب العشر والخراج: إذا زرع في أرض الخراج الأشجار التي ليست لها ثمرة، ففيها قفيز ودرهم، إذا كان جريباً، وذكر أيضاً: إذا غرس نخيلاً أو أشجاراً مثمرةً، إن كانت الأشجار متفرّقةً، بحيث يمكن زراعة ما في وسط الأشجار، ليس في الأشجار التي تكون على المسناة شيء، وإن كانت الأشجار ملتفةً، بحيث لا يمكن زراعة أرضها ففيها عشرة دراهم إذا كان جريباً[2].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٩-٤٣٠.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٣٠.

(١٣٠٠) قال: إذا كان لرجل أرض خراجية، فلا يخلو: إما أن زرعها بنفسه، أو زرعها غيرُه، فإن زرعها بنفسه يلزمه ماكان وظيفة هذه الأرض، وإن زرعها غيرُه فلا يخلو: إما أن كان الزارع مستأجراً أو مستعيراً، أو غاصباً، فإن كان مستأجراً، والخراج خراج وظيفة، فالخراج يجب على صاحب الأرض عندهم جميعاً؛ لأن المستأجر تمكّن بتمكينه فكأنه تمكّن من الزراعة، و لم يزرع، وصار كما لو دفعها مزارعةً إلا إذا كان كرماً، أو رطاباً، أو شجراً ملتفاً، فإن إجارته باطلة؛ لأن هذه الإجارة وقعت على استهلاك العين، وإن كانت الأرض عشريةً أو خراجيةً خراج مقاسمة، قال أبو حنيفة رحمه الله: يجب العشر والخراج على صاحب الأرض، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجب على المستأجر؛ لأن العشر وخراج المقاسمة لا يجبان بالتمكّن على ما ذكرنا[١].

وعن أبي حنيفة رحمه الله في المستعير: روايتان.

وأمّا إذا كان غاصباً، وقد زرعها فلا يخلو: إما أن نقصتها الزراعة أو لم تنقصها، فإن انتقصت الأرض بزراعته، والخراج خراج وظيفة، يجب على ربّ الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله: قلّ النقصان أو كثر، ويدخل النقصان في ذلك حتى لا يضمن الغاصب لربّ الأرض نقصان الأرض، هكذا ذكر في مزارعة الكبير؛ لأن الزراعة متى أوجبت نقصاناً

---

١ - الفتاوى الخانية على هامش الهندية ١/٢٧٢.

في الأرض، يصير الغاصب كالمستأجر، وكأنه آجرها من الغاصب بضمان النقصان، وإن لم تنقصها الزراعة، فالخراج على الغاصب عند أبي حنيفة رحمه الله، هكذا ذكر أيضاً في مزارعة الكبير[1].

وذكر في تجريد المحيط: اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يجب الخراج على المالك، وقال بعضهم: يجب على الغاصب على كل حال، وروى المعلّى عن أبي يوسف رحمه الله: أن الخراج في هذه الصور على المالك، أمّا إذا لم تنقصها الزراعة، والغاصب مقر بالغصب، أو كان للمالك بينة، فالخراج على ربّ الأرض؛ لأنه يمكنه الأخذ من الغاصب، وخراج الوظيفة يجب بالتمكن.

وذكر في مزراعة الصغير: فيما إذا لم ينقصها الزراعة قياساً واستحساناً، فالقياس: أن يكون على صاحب الأرض، وفي الاستحسان: يكون على الغاصب، ووجه القياس: أن سبب الضمان منعقد فيعتبر بما لو وجب الضمان، ولو وجب الضمان كان الخراج على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: يجب على ربّ الأرض، فكذا هذا، ووجه الاستحسان: أنه لم يوجد الضمان، ولا سبب الضمان؛ لأن الغصب في الأرض لا يكون موجباً للضمان عند أبي حنيفة رحمه الله، وسبب الضمان: إنما هو النقصان، والنقصان لم يوجد[2].

---

١ - المصدر السابق.

٢ - الفتاوى الخانية على هامش الهندية ١/٢٧١-٢٧٢.

وأما على قول محمد رحمه الله: ينظر إلى الخارج والنقصان أيهما كان أكثر، كان ذلك على الغاصب، إن كان النقصان أكثر من الخارج[1] فبمقدار[2] الخراج يؤدي الغاصب إلى السلطان ويدفع الفضل إلى صاحب الأرض، وإن كان الخراج أكثر، يدفع الكل إلى السلطان[3].

(١٣٠١) وفي بيع الوفاء إذا قبض المشتري، فالمشتري بمنزلة الغاصب، هكذا ذكر قول محمد رحمه الله في مزارعة الكبير، وذكر ابن رستم في نوادره عن محمد رحمهما الله: أنه قال: مقدار ما حصل له من ضمان النقصان يجب على رب الأرض، وما زاد يجب على الغاصب.

وذكر في نوادر هشام: أن الخراج على رب الأرض عند أبي يوسف رحمه الله إن لم تنقصها الزراعة، وذكر ابن رستم في نوادره قول أبي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله[4].

(١٣٠٢) قال: المسلم إذا اشترى أرضا خراجية من الكافر تبقى خراجية كما كانت؛ لأن الخراج يشبه الجزية من حيث المصرف ويشبه العشر من حيث السبب، فمن حيث أنه يشبه الجزية لا يوظف على المسلم ابتداء، ومن حيث أنه يشبه العشر يبقى عليه، بخلاف الجزية؛ لأنه لا يشبه العشر، لا سببا ولا مصرفا.

---

١ – وفي نسخة "ج" (الخارج) وفي نسخة "أ" و "ب" (الخراج).

٢ – وفي نسخة "أ" (مقدار) وفي نسخة "ج" (فبقدر).

٣ – الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٢٧٢/١.

٤ – الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٢٧٢/١.

وقال مالك رحمه الله: لا تبقى خراجية بعد ما اشتراها المسـلم؛ لأن الإسلام يمنع توظيف الخراج ابتداءً على المسلم، فيمنع بقاءً، قياساً على خراج الرأس، قلنا: لا نسلّم بأن ما يمنع الابتداء يمنع البقاء، ألا ترى! أن العدة تمنع ابتداء النكاح، ولا تمنع البقاء، والاسترقاق يمنعه الإسـلام ابتداءً، ولا يمنع البقاء[1].

١ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٢١٧/١.

بيان الأسباب الموجبة لسقوط الخراج

وأما بيان الأسباب الموجبة لسقوط الخراج:

(١٣٠٣) قال محمد رحمه الله: إذا زرع الرجل أرضه الخراجيةَ فاصطلمتها آفة، سقط عنه الخراج، بخلاف ما إذا استأجر أرضاً للزراعة، فزرعها فاصطلمتها آفة يلزمه الأجر إلى وقت إصابة الآفة؛ لأن الأجرة عوض المنافع يجب شيئاً فشيئاً جزءاً فجزءاً على حسب حدوث المنافع[1]، أمّا الخراج ليس بعوض للمنافع، وإنما يجب جملةً إذا تمكّن من الانتفاع بإدراك زرعه و لم يوجد.

(١٣٠٤) هذا، إذا ذهب كل الخارج. أما إذا ذهب بعض الخارج: فإن بقي من الخارج مقدار الخراج ومثله، يجب الخراج، وإن بقي أقل من قدر الخراج ومثله، لا يجب تمام الوظيفة، وإنما يجب قيمة نصف الخارج. قال مشايخنا رحمهم الله: والصواب في مثل هذا أن ينظر الإمام إلى ما أنفق هذا الرجل في هذا الأرض، وينظر إلى الخارج، فيحتسب له ما أنفق، ويرفع من الخارج، فإن فضله منه شيء أخذ منه الخراج على نحو ما بينا[2].

قال مشايخنا رحمهم الله: ماذكر محمد رحمه الله في الكتاب إن الخراج يسقط بهلاك جميع الغلة، محمول على ما إذا لم يبق من السنة مقدار يمكنه أن يزرع الأرض ثانياً قبل دخول السنة الثانية، أمّا إذا بقي

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٣/٥.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٢/٥-٤٣٣.

من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الأرض ثانياً قبل دخول السنة الثانية يزرعها، لا يسقط الخراج[1].

وذكر القاضي الإمام أبو المظفر[2] رحمه الله في شرح كتاب العشر والخراج: أن الخراج إنما يسقط بهلاك الغلة، إذا كان الهلاك بآفة سماوية لا يمكن التحرّز عنها، أمّا إذا كان الهلاك بآفة يمكنه الاحتراز عنها، لا يسقط الخراج، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: لا يجب الخراج وإن هلك بآفة يمكن التحرّز عنها، قال قاضي القضاة رحمه الله: القول الأول أصح[3].

(١٣٠٥) قال: إذا كان للأرض ريعان: خريفي وربيعي ، وسلم أحدهما للبائع والآخر للمشتري، أو تمكّن كل واحد منهما من تحصيل أحد الريعين لنفسه، فالخراج عليهما، هكذا ذكر القاضي الإمام صدر الإسلام رحمه الله في شرح كتاب العشر والخراج[4].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٣٣.

٢ - أسعد بن محمد بن الحسين أبو المظفر جمال الإسلام الكرابيسي النيسابوري، كان فقيهاً فاضلاً أديباً عالماً حسن الطريقة، له معرفة تامّة بالفروع والأصول، أخذ الفقه عن علاء الدين الإسمندي السمرقندي عن السيد الأشرف عن أبيه الوضاح عن أبيه السيد أبي شجاع، وقرأ الأدب على أبي منصور موهوب بن أحمد الجواليقي وله "الموجز في الفقه" و "الفروق" مات سنة سبعين وخمسمائة (الفوائد البهية /٨٠).

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٣٣.

٤ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٨.

بيان جواز تعجيل الخراج

وأما بيان جواز تعجيل الخراج، وأوان وجوب الخراج والمسائل المتفرقة

[تعجيل الخراج]

(١٣٠٦) ذكر محمد رحمه الله في نوادر الزكاة: إذا عجّل خراج أرضه لسنة أو لسنتين يجوز، وإن كان قبل الوجوب، كما في باب الزكاة؛ لأنه أدّى الواجب بعد انعقاد سبب الوجوب؛ لأن السبب أرض نامية، ومحل الوجوب إنما هو الذمة، وهي قائمة، والواجب دراهم مسماة، وهي موجودة، فانعقد السبب كما في باب الزكاة[1].

(١٣٠٧) وأما إذا عجّل عشر أرضه لسنة أو لسنتين، فإنه لايجوز، كما لو عجّل الزكاة قبل النصاب، وكما لو عجّل العشر لهذه السنة قبل الزراعة؛ لأنه أدّى الواجب قبل وجود سبب الوجوب، وإن وُجد سبب الوجوب، وهو أرض نامية؛ لأنه لم يوجد محل الوجوب ولا الواجب؛ لأن محل الوجوب الخارج والواجب بعض الخارج، وكلا الأمرين فائت؛ لأن الأرض إنما تصير سبباً للوجوب باعتبار النماء، وسبب النماء إنما هي الزراعة، والزراعة في الأرض كالإسامة في الإبل، والتجارة

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٤/٥.

في سائر الأموال، أما إذا زرع و لم ينبت وأدّى العشر فالمسألة على الاختلاف، فعلى قول محمد رحمه الله لا يجوز؛ لأنه عجّل قبل انعقاد السبب لما ذكرنا: أن محل انعقاد السبب هو الخارج، والسبب إذا لم يصادف محله لا ينعقد سبباً، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله جاز؛ لأن المحل قد وجد وهو الحب، فإن الحب بعد ما ألقي في الأرض صار محلاً للخارج فأقيم مقام الخارج[1]، أما إذا عجّل عشر نخيله وكرمه، ذكر أنه لا يجزيه، وروي عن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي: أنه يجزيه هكذا ذكر الحاكم الجليل رحمه الله في مختصره.

وعلى هذا الاختلاف إذا عجّل عشر النخيل بعد ما غرسها ونبت فعلى قول أبي يوسف رحمه الله يجوز التعجيل قبل ظهور الطلع، وعلى قول محمد رحمه الله لا يجوز إلا بعد خروج الطلع[2].

(١٣٠٨) وذكر في المنتقى: رجل عجّل خراج أرضه ثم غرقت الأرض في تلك السنة، قال يردّ عليه ما أدّى من خراجه؛ لأنه لم يسلم له الخارج في هذه السنة لا حقيقةً ولا اعتباراً، و لم يجب عليه الخراج كما في الزكاة، وإن زرعها في السنة الثانية حُسِبَ له؛ لأنه وجب للإمام عليه في هذه السنة مثل ما له على الإمام، فيلتقيان قصاصاً[3].

---

١ – الفتاوى الهندية نقلاً عن شرح الطحاوي ١/١٨٦.

٢ – الفتاوى التاتارخانية ٢/٢٥٤-٢٥٥.

٣ – الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٣٤.

(١٣٠٩) وعن محمد رحمه الله في رجل أعطى خراج أرضه لسنتين، ثم غلب عليها الماء، وصارت دجلة، قال: يردّ عليه إذا كان قائماً بعينه وإذا صرفه إلى المقاتلة، فلا شيء عليه[1].

[أوان وجوب الخراج]

(١٣١٠) وأما أوان وجوب الخراج، قال أبو حنيفة رحمه الله: أوان وجوب الخراج أول السنة؛ لكن يشترط بقاء الأرض النامية في يده سنة إما حقيقة أو اعتباراً، والاستيفاء في آخر الحول بطريق التخفيف والتعجيل.

(١٣١١) ذكر في كتاب العشر والخراج: ينبغي للإمام أن يولّي الخراج رجلاً يرفق بالناس، ويعدل عليهم في خراجهم، وأن يأخذ بالخراج كلما خرجت غلته[2]، فيأخذهم بعد ذلك حتى يستوفي تمام الخراج في آخر الغلة، وأراد بهذا أن يؤدّي الخراج على قدر الغلة، حتى أن الأرض إذا كانت تزرع غلة الربيع وغلة الخريف، فعند حصول غلة الربيع وغلة الخريف ينظر المتولّي كم تغلّ هذه الأرض غلة الخريف بطريق الحرز والظن، فإن وقع عنده أنها تغل مثل غلة الربيع، فإنه ينصّف الخراج، ويأخذ نصف الخراج من غلة الربيع، ويؤخّر النصف إلى غلة الخريف، وكذلك يفعل في البقول، ينظر: إن كان مما يجزّ خمس مرات يأخذ من كل مرة خُمس الخراج، وإن كان مما يجزّ أربع مرات يأخذ من كل مرة رُبع الخراج، وعلى هذا القياس فافهم.

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٣٤.

٢ - كتاب السير والخراج والعشر /٢٥٣.

بيان المسائل المتفرقة

(١٣١٢) وأما المسائل المتفرقة: قال في كتاب العشر والخراج: إذا كان للرجل أرض خراج لا يسعه أن يأكل منها حتى يؤدّي خراجها، قال بعض مشايخنا رحمهم الله: هذا إذا كان الخراج خراج مقاسمة، لأن الواجب في خراج المقاسمة جزء من الخارج على ما ذكرناه آنفاً، وحق مصارف الخراج في خراج المقاسمة متعلق بكل جزء من أجزاء الخارج فلا يحل له التناول قبل إيصال الحق إليهم. أما إذا كان الخراج خراج وظيفة يسعه ذلك؛ لأن خراج الوظيفة لا تعلق له بالمحل؛ لأنه يجب في الذمة، فكان الخارج حق صاحب الأرض على الخلوص، فيحلّ له التناول، وبعضهم قالوا: إن كان الخراج خراج الوظيفة، فالجواب كذلك أيضاً؛ لأن للسلطان حق حبس غلة أرض الخراج حتى يأخذ الخراج، وفي حلّ التناول إبطال حق حبس السلطان[1].

قال[2]: السلطان إذا جعل خراج الأرض لصاحب الأرض، وتَرَكَه عليه جاز في قول أبي يوسف رحمه الله، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه لا يجوز، قال قاضي القضاة رحمه الله: الفتوى على

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٣٥-٤٣٦.

٢ - هذه المسائل قد ذكرها المصنف قبل هذا، فهذه إلى قوله: "وإن تصدّق بعد الطلب لا يخرج عن العهدة تكرار".

قول أبي يوسف رحمه الله إذا كان صاحب الأرض من أهل مصرف الخراج[1].

وذكر في السير الكبير: السلطان إذا وهب لرجل خراج أرضه لا ينبغي له أن يقبل؛ لأنه حق الجماعة وليس له إبطال حقهم بغير رضاهم، فإن كان مصرفاً كان له أن يقبل، ولو جعل العشر لصاحب الأرض لا يجوز في قولهم جميعاً[2].

قال: السلطان إذا لم يطلب الخراج ممن يعلم أنه ليس بمحل لصرف الخراج إليه، كان على صاحب الأرض أن يتصدق به، أو يجهّز غازياً حتى يخرج عن العهدة، وإن تصدق بعد الطلب، لا يخرج عن العهدة[3].

(**١٣١٣**) السلطان الجائر إذا أخذ خراج الأراضي خرج صاحب الأراضي عن العهدة؛ هكذا ذكر في فتاوى الشيخ الإمام الفقيه أبي الليث رحمه الله، وذكر في فتاوى أهل سمرقند: لو طلب السلطان الخراج وتصدق من عليه بنفسه لا يجزيه[4].

وذكر الشيخ الإمام الفقيه أبو اللّيث رحمه الله في فتاواه: قرية خراج أراضيها على التفاوت، طلب من ثَقُل خراج أرضه، تسوية خراج أراضي القرية، قال الشيخ الإمام الفقيه أبو القاسم رحمه الله: إذا لم يعرف

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٤/٥.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٥/٥.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٦/٥.

٤ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٦/٥.

ابتداء وضع الخراج على هذه القرية أنه كان على التساوي أو على التفاوت، يترك على حاله، وذكر في فتاوى أهل سمرقند: ضيعة لرجل بعضها كروم، وبعضها قراح[1]، فاشترى قوم الكروم، واشترى قوم أرض القراح، فإن كان حصة الكروم من الخراج معلوماً من الابتداء يبتنى الحكم عليه، وإن كان لا يعلم، فإن كان الكروم كرماً يعرف[2] إلا وهو كرم، والقراح كذلك كان على الكروم خراج الكروم، وعلى القراح خراج القراح، وإن كان موضع الكروم قراحاً في الأصل، ثم جعل كرماً قُسّم الخراج على الأرض القراح، كان الكل كذلك.

(١٣١٤) قال: ولو توالى على المسلم خراج الأرض سنين، فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يؤخذ بجميع ما مضى، وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يؤخذ إلا بخراج السنة التي هو فيها، والاختلاف في هذا

---

١ - القراح من الأرض كل قطعة على حالها ليس فيها شجر ولا شائب بسبخ (المغرب/٣٧٦).

٢ - وقد حكي في الفتاوى التاتارخانية هذه العبارة: "وفي فتاوى أهل سمرقند: ضيعة لرجل بعضها كرم، وبعضها قراح، فاشترى قوم الكرم، واشترى قوم القراح، فإن كان حصة الكرم من الخراج معلومةً من الابتداء وحصة القراح كذلك يبني الحكم عليه، وإن كان الخراج يؤخذ جملةً، ولا تعلم حصة الكرم ولا حصة القراح من الابتداء، فإن كان الكرم كرماً من الابتداء ولم يعرف إلا وهو كرم والأرض القراح كذلك، كان على الكرم خراج الكرم وعلى أرض القراح خراج الأرض القراح (الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٣٧).

نظير الاختلاف في الجزية، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح سير الصغير، وذكر صدر الإسلام رحمه الله في كتاب العشر والخراج عن أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة روايتان، والصحيح أنه يؤخذ[١].

(١٣١٥) وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله: أن الخراج لا يسقط بموت من عليه الخراج[٢].

(١٣١٦) والعشر يسقط، وعلى ظاهر الرواية: أن العشر يؤخذ من الورثة بعد وفاته، وعلى رواية ابن المبارك: "سوّي بين الزكاة والعشر" وعلى ظاهر الرواية: "فرق بينهما".

ووجه الفرق: أن الزكاة إنما تسقط لعجز الوارث عن أدائه لفوات شرط الأداء، وهو النية؛ فإنها عبادةٌ محضةٌ لا يتأدّى بدون النية، فإذا عجز عن الأداء لفوات شرطه سقط، ولم يجب على الورثة الأداء، أما في العشر لم يعجز عن الأداء؛ لأنه يتأدّى من غير من عليه الدين، ألا ترى! أنه يجب في أرض الصبي، والمجنون، والوقف، فلم يكن نية من عليه شرطاً للأداء، فلم يعجز عن الأداء فلا يسقط عنه[٣].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٣٣-٤٣٤.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٣٣.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٣٣٩.

بيان مسائل الجزية

وأما بيان مسائل الجزية: فنبدأ أولاً ببيان وجوب الدعاء إلى الإسلام، وإعطاء الجزية، وقبول عقد الذمة، ثم ببيان جواز ترك الحربي دخوله دارنا، ثم ببيان من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل، ثم ببيان ما يجب عليهم، ووقت وجوبه، ثم ببيان أنه متى يصير الحربي ذمياً، ثم ببيان ما يوجب سقوط الجزية عنهم، ثم ببيان ما يفعل بهم بعد ضرب الجزية وقبول الذمة، ثم ببيان ما يجمع بين الخراج والجزية.

[وجوب الدعاء إلى الإسلام أو إلى إعطاء الجزية]

(١٣١٧) أمّا بيان وجوب الدعاء إلى الإسلام أو إلى قبول الجزية، قال محمد رحمه الله: إذا لقي المسلمون المشركين فإن كانوا قوماً لم يبلغهم الإسلام، فليس لهم أن يقاتلوهم حتى يدعوهم إلى الإسلام، لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾[١] وبه أوصى رسول الله عليه السلام أمراء الجيوش[٢]، ولأنهم ربما يظنون أنّا نقاتلهم طمعاً في أموالهم، وسبي ذراريهم، ولو علموا أنّا نقاتلهم على الدين، ربما أجابوا إلى ذلك من غير أن يقع الحاجة إلى القتال.

---

١ - [سورة الإسراء /١٥]

٢ - أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الجهاد والسير ١٧٣١، وأبو داود في سننه: كتاب الجهاد ٢٦١٢، وبدائع الصنائع ١٤٨/٧-١٥٠ وفتح القدير ٤٢٨/٥-٤٣٠.

وفي تقديم عرض الإسلام عليهم دعاء إلى سبيل الله تعالى بالحكمة والموعظة الحسنة، فيجب البداية به إذا كان يطمع في إيمانهم.

وإن كان قد بلغهم الإسلام، ولكن لا يدرون أنا نقبل منهم الجزية، فينبغي أن لا نقاتلهم حتى ندعوهم إلى إعطاء الجزية، وبه أمر رسول الله عليه السلام أمراء الجيوش[1] وهو آخر ما ينتهي به القتال، قال الله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَّهُمْ صَاغِرُوْنَ﴾[2]، ولأن الدعاء إلى إعطاء الجزية، مأمور به كالدّعاء إلى الإسلام، إلا أن يكونوا قوماً لا يقبل منهم الجزية، كالمرتدّين وعبدة الأوثان من العرب[3].

(١٣١٨) وإن قاتلوهم قبل الدعوة إلى الإسلام، أو إلى إعطاء الجزية فقتلوهم فلا شيء على المسلمين من دية ولا كفارة؛ لأنهم قتلوهم وهم أهل حرب، لا أمان لهم، فلا يجب في قتلهم شيء، كما لو أسر المسلمون قوماً من المشركين، فأراد الإمام قتلهم، فقالوا: نحن نسلم، لم يكن للإمام أن يقتلهم حتى يعرض عليهم الإسلام، فإن قتلهم قبل ذلك لم يكن عليه شيء في قتلهم، إلا أنه قد أساء فيما صنع، فكذلك ههنا[4].

---

١ – المصدر السابق.

٢ – [سورة التوبة /٢٩]

٣ – انظر للتفصيل: الفتاوى التاتارخانية ، كتاب السير ، الفصل الثاني في بيان شرائط جواز قتال الكفرة ٥/٢٢٥-٢٢٦.

٤ – الفتاوى التاتارخانية ٥/٢٢٧.

(١٣١٩) قال: ولو أن قوماً من أهل الحرب الذين لم يبلغهم الإسلام ولا الدعوة أتوا المسلمين في دارهم يقاتلونهم، فقاتلهم المسلمون بغير دعوة فقتلوا منهم، وسبوا وأخذوا أموالهم، يخمّس ذلك ويقسّم ما بقي بين من أصابه، بخلاف ما إذا كانوا يغزون في بلادهم؛ فإنه لا ينبغي للمسلمين أن يقاتلوهم حتى يدعوهم[١].

(١٣٢٠) قال: ولو أن قوماً من مشركي العرب من عبدة الأوثان لم يبلغهم دعوة الإسلام، إلا أنهم قد سمعوا بالإسلام، ولم يدروا ما هو، فأغار عليهم المسلمون، فظهروا عليهم، ينبغي للإمام أن يعرض عليهم الإسلام، فإن أسلموا خلّى سبيلهم؛ لأنهم وقعوا في أيدينا بغير قتال، ولا محاربة، ولم يوجد منهم إباء الإسلام، فإن أبوا أن يسلموا حبسوا في السجن إلى أن يسلموا، ولا يقتلون، لأنه لا وجه إلى أن يضرب عليهم الجزية لقوله عليه السلام: "لا يجتمع في جزيرة العرب دينان[٢]" ولا وجه إلى أن يقتلوا؛ لأنهم وقعوا في أيدينا لا على وجه المحاربة فكانوا بمنزلة المستأمنين، فإن ماتوا على الكفر صارت أموالهم مواريث لورثتهم؛ لأنهم في حكم المستأمنين، وأموال المستأمنين وذراريهم لا يسبى ولا يستغنم.

---

١ - بدائع الصنائع ١٤٩/٧، كتاب السير وفتح القدير ٤٢٩/٥-٤٣٠.

٢ - رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب وذكره مرسلاً، قال ابن شهاب: ففحص عمر رضي الله عنه عن ذلك حتى أتاه الثلج واليقين عن النبي ﷺ بهذا، انظر للتفصيل: تلخيص الحبير لابن حجر ١٢٤/٢، رقم الحديث ١٩١٥.

فإن رأى الإمام حين أبوا الإسلام أن يقتل المقاتلة، ويقسّم الأموال ففعل، جاز ما صنع؛ لأنهم وقعوا في أيدي المسلمين -وهم أهل حرب لا أمان لهم- قصداً فكان هذا موضع اجتهاد، فإذا فعل ذلك عن رأي واجتهاد جاز ذلك.

(١٣٢١) وكذلك قوم من المرتدين لحقوا بنساء مرتدات، فولد لهم أولاد، ثم مات المرتدّون وبقي أولادهم على دينهم، لايعرفون الإسلام، لا ينبغي للمسلمين أن يقاتلوهم حتى يدعوهم إلى الإسلام؛ لأنهم لم يظهر منهم إباء الإسلام، فإن قاتلوهم بغير دعوة، وظهروا عليهم عُرض عليهم الإسلام، فإن أسلموا سلمت لهم أموالهم وذراريهم؛ لأنهم غير راغبين عن الإسلام، وصار كما لو أسلموا قبل السبي والأخذ، فإن أبو حبسوا؛ لأنه لا وجه لجعلهم ذمةً؛ لأنهم مرتدون، ولا وجه لقتلهم؛ لأنهم لم يضيّعوا الإسلام بأنفسهم، فلا يقتلون على ردتهم.

وإن رأى الإمام قتلهم، وسبي ذراريهم ، وقسمة مالهم، ففعل جاز؛ لأن الموضع موضع اجتهاد على ما قلنا: إنهم أهل حرب، لا أمان لهم صريحاً.

وكذلك قوم من مشركي العرب من عبدة الأوثان دعاهم المسلمون إلى الإسلام، فأبوا أن يجيبوا إليه فقاتلوهم وحصروهم ، فقالوا للمسلمين: نترل على حكم الله تعالى فقالوا لهم: انزلوا، فترلوا، فإن المسلمين يعرضون عليهم الإسلام، فإن أسلموا فلا سبيل عليهم، وإن أبوا

أجبروا على الإسلام وحبسوا؛ لأنه لا وجه للقتل؛ لأنهم خرجوا على أمان، ولا وجه لضرب الجزية عليهم؛ لأنهم من مشركي العرب، ولا وجه لردّهم إلى حصنهم؛ لأنه ليس من حكم الله تعالى أن يتركوا ليعودوا إلى دار الحرب فلم يبق وجه إلا الحبس، فمن مات منهم ورث ماله ورثته؛ لأنهم في حكم المستأمنين.

(١٣٢٢) قال: ولو أن قوماً من المشركين كانوا في قاصية من الأرض لم يبلغهم الإسلام، ولم يدعهم المسلمون إليه ، لا ينبغي للمسلمين أن يقاتلوهم حتى يدعوهم إلى الإسلام، فإن قاتلوهم قبل أن يدعوهم فظهروا عليهم، فينبغي للإمام أن يعرض عليهم الإسلام، فإن أسلموا خلّى سبيلهم؛ لأنه ظهر أنهم غير راغبين عن الإسلام، وإن أبوا الإسلام جعلهم ذمّةً، يؤدّون الخراج، لما قلنا: إن الإمام قاتلهم قبل الدعوة، والقتل حرام عليهم، فصاروا في عصمة وأمان فلا يغنمون.

فإن رأى الإمام قسمتهم، أو قتل مقاتلهم ففعل ذلك، ثم رفع إلى حاكم آخر يرى ما يصنع باطلاً أجاز ما صنع؛ لأن هذا موضع الاجتهاد فنفذ حكمه، فلا ينقض بعد ذلك.

ثم لا يجب ضمان من قتل منهم عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: يضمن ديات القتلى قبل الدعوة؛ لأنهم متمسكون بدين نبي من الأنبياء عليهم السلام، فهم مسلمون، والمسلم في عصمة وأمان، فيكون دمه مضموناً إلا أنا نقول: إنهم اعتقدوا ديناً باطلاً، واعتقاد الدين الباطل

كفرٌ، فيكون كافراً، فلا يجب بقتله شيءٌ، ثم عند الشافعي رحمه الله: يجب على القاتل مثل دية المسلم، وقال بعض أصحابه: مثل دية الكتابي، وقال بعضهم: يجب مثل دية المجوسي؛ لأنه أقل الدّيات.

[بيان جواز ترك الحربيّ دخوله دار الإسلام]

(١٣٢٣) وأما بيان جواز ترك الحربيّ دخوله دار الإسلام بالجزية، ثبت ذلك بفعل النبيّ عليه السلام على نصارى نجران، فإنهم طلبوا من رسول الله عليه السلام وأجابهم رسول الله[١] على ذلك وإجماع الصحابة رضوان الله عليهم بعده، إلا أنه ينبغي للإمام أن لا يمكّن الحربيّ من أن يطيل المكث؛ لأنه حينئذٍ يصير عوناً للكفرة علينا، فبقدر ما يقضي حوائجه يُمكّنه من المكث.

(١٣٢٤) ثم إذا دخل دارنا ينبغي للإمام أن يتقدم[٢] إليه في أول ما دخل، ويضرب له مدةً على قدر ما يرى، ويقول له: إن جاوزت المدة جعلتك ذمياً" فإذا جاوز المدة يصير ذمياً؛ لأنه رضي بذلك، فإذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة، كان عليهم الخراج؛ لأنه إنما يصير ذمياً بمجاوزة المدة المضروبة، فيعتبر الحول بعد ما صار ذمياً إلا أن يكون شرط عليه أنه إذا جاوز السنة، يأخذ منه الخراج فحينئذٍ يأخذ منه.

---

١ - انظر تمام الحديث نقلاً عن البيهقي في الجزء الأول من حياة الصحابة للشيخ يوسف الكاندهلوي ١/١٣٩-١٤٤.

٢ - وفي نسخة "ج" (يقدّم).

(١٣٢٥) قال: ولو قال له الإمام: إن أقمت سنة بعد يومك هذا آخذ منك مائة درهم، ثم جعلتك بعد ذلك ذمياً آخذ منك في رأس كل سنة اثني عشر درهماً، ثم أقام سنة بعد الصلح فإنه يأخذ منه مائة درهم؛ لأنه رضي بذلك حين أقام سنة، فيصير ما يؤخذ منه أجرةً لسكناه في دارنا في تلك السنة.

ونظير ذلك: رجل آجر داراً له شهراً، وقال له قبل مضي الشهر: لا تقيمنّ في داري من الشهر الداخل شيئاً وأشهد عليه "أنه إن أقام الشهر الداخل، فأجر الدار عليه عشرون درهماً"؛ وأقام الشهر الداخل كان عليه عشرونَ درهماً؛ لأنه رضي بهذا الشرط.

فكذا خراج الرأس؛ لأنه رضي بالشرط حيث أقام سنةً.

وقد انتزع أصحابنا رحمهم الله من هذه المسألة مسألةَ أخرى، وقالوا جميعاً: لو أن رجلاً غصب داراً من رجل، فأراد المغصوب منه تخويف الغاصب حتى يردّ الدار إليه، فيقول له: إن كنت رددت الدار إليّ وإلاّ آخذ منك كل شهر ألف درهم، فإن المغصوب منه يستوجب هذا الأجر المسمّى على الغاصب إذا أقام الغاصب بعد هذا التقدم إليه.

(١٣٢٦) قال: فإن طال مكث الحربي في دارنا، والإمام لا يعلم بذلك، ثم علم، فإنه ينبغي له أن يخبره أنه إن أقام السنة من يوم يقدم إليه، أخذ منه الخراج، فإن رجع قبل تمام السنة، فلا شيء عليه، وإن أقام حتى تمت السنة، أخذ الإمام منه خراج رأسه، وجعله ذمياً، فإذا

صار ذمياً لا يحل لنا أن نأخذ شيئاً من أموالهم إلا بطيب أنفهسم؛ لأن ذلك العهد في حرمة التعرض للأموال والنفوس بمنزلة الإسلام، فكما لا يحلّ شيء من أموال المسلمين إلا بطيب أنفسهم، فكذا من أموال المعاهدين.

[بيان من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل]

(١٣٢٧) وأما بيان من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل، قال: الجزية تقبل من جميع أهل الكتاب بلا خلاف، سواء كانوا من العرب أو من العجم؛ لأنه أحد ما ينتهي به القتال، فلا تقبل من مشركي العرب من عبدة الأوثان، والمرتدين بلا خلاف؛ لأن كفرهما قد تغلّظ، وأمّا مشركو العرب فلأن النبيّ عليه السلام نشأ بين أظهرهم، والقرآن نزل بلغتهم، وأمّا المرتد فلأنه كفر بربّه بعد ما هدي الإسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف، ويقبل من مشركي العجم من عبدة الأوثان عندنا، ومن المجوس بلا خلاف، فهذه المسائل تعرف في كتاب السير[1].

[بيان ما يجب على أهل الذمة]

(١٣٢٨) وأما بيان ما يجب عليهم، قال: أهل الذمة في حق ما يجب عليهم أنواع ثلاثة: التغلبي، والنجراني من النصارى، وسائر أهل الذمة، أما التغلبي: فالواجب عليه الصدقة المضاعفة اتباعاً لصلح عمر

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٣٩ وفتح القدير ٥/٤٢٨-٤٣٠.

رضي الله عنه معهم[1]، وأما النجراني: فالواجب عليهم الحلل اتباعاً لصلح[2] رسول الله عليه السلام[3].

وأما سائر أهل الذمة: فالواجب على المعتمل منهم الجزية على الترتيب الذي نبيّن بعد هذا.

وتكلموا في معنى المعتمل، والصحيح من معناه: الذي يقدر على العمل، وإن لم يحسن حرفةً، وإنما خصصنا القادر على العمل بإيجاب الجزية؛ لأن الجزية لا تجب إلا على المقاتلين، ولهذا لا تجب على المقعد والأعمى، والشيخ الكبير الذي لا يستطيع الكسب، ولا يجب على النسوان، والصبيان، والعبيد، والمكاتبين، والمدبرين؛ لأن القادر على العمل قادر على الحرب[4].

(١٣٢٩) ثم القادر على العمل إن كان معسراً فعليه اثنا عشر درهماً، وإن كان وسط الحال، فعليه أربعة وعشرون درهماً، وإن كان غنياً

---

١ - انظر: موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه /٢٣٦.

٢ - نص الحديث نقلاً عن البيهقي: "بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما كتب النبي محمد رسول الله لنجران -إن كان عليهم حكمه- في كل ثمرة وفي كل صفراء وبيضاء وسوداء ورقيق فاضل عليهم وترك ذلك كله لهم على ألفي حلة: في كل رجب ألف حلة وفي كل ألف حلة" (حياة الصحابة للكاندهلوي ١/١٤٢).

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٠.

٤ - الفتاوى الهندية ٢/٢٤٤-٢٤٥؛ ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١/٦٦٩؛ وكتاب الخراج لأبي يوسف ١٢٢-١٢٤.

فعليه ثمانية وأربعون درهماً، وقال الشافعي رحمه الله: على كل حال دينار أو ما يعدل الدينار، والغنيّ والفقير في ذلك سواء؛ لأن الجزية إنما وجبت بـدلاً عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر، كالذراري والنسوان، وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير، ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم أجمعين[1]، ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار فحل محل الإجماع[2].

(**١٣٣٠**) وتكلم العلماء في معرفة الغني، والفقير، والوسط؛ حكي عن عيسى بن أبان رحمه الله أنه قال: الفقير من لا يملك مائتي درهم والوسط: من يملك مائتي درهمٍ فصاعداً إلى عشرة آلاف درهم، والغني: من يملك أكثر من عشرة آلاف درهم إلى ما لا يتناهى.

ومن المشايخ من قال: من لابد له من الكسب لإصلاح معيشة فهو فقير، وإنما يؤخذ منه اثنا عشر درهماً إن كان يَفضُل من كسبه شيء

١ – موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه /٢٤٠؛ وموسوعة فقه علي بن أبي طالب /١٦٩؛ وموسوعة فقه عثمان بن عفان/ ٩٥؛ وكتاب الخراج ليحيى بن آدم القرشي /٧٠؛ ومصنف عبد الرزاق بطرق شتى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، رقم الحديث: ١٠١٢٨ و ١٩٢٧٦ ، ٦/١٠٠ و ٣٣٣/١٠ وأخرجه أبو عبيد في الأموال ص ٦٨؛ والبيهقي ١٣٦/٩ من طريق ابن أبي عروبة عن قتادة.

٢ – الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٠؛ ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٦٧٠/١.

عن قوته وقوت عياله، أما إذا كان لا يفضل، لا يؤخذ منه، هكذا ذكر في النوادر عن محمد رحمه الله .

وأما الوسط: هو الذي له مال إلا أن ذلك المال لا يكفيه مدة عمره، فيحتاج إلى العمل في بعض الأوقات[1].

وأما الغني: هو الذي له مال يكفيه لعمره من غير أن يعمل فيه لكثرة أمواله وغلاّته[2].

(١٣٣١) وقال الشيخ الإمام الفقيه أبو جعفر رحمه الله: هذا يختلف باختلاف البلدان والأمصار، فمن عدّه الناس في بلدهم فقيراً، أو وسطاً، أو غنياً فهو كذلك وهو الأصح[3].

(١٣٣٢) وتؤخذ الجزية من قسّيسهم ورهبانهم، هكذا ذكر في كتاب العشر والخراج، وذكر في آخر السير الكبير: أن عند أبي حنيفة رحمه الله يؤخذ منهم الجزية، وعندهما لا تؤخذ[4].

(١٣٣٣) وذكر محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله: أن الجزية توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس إذا كانوا يقدرون على

---

١ – الفتاوى الهندية ٢/٢٤٤؛ والفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤١.

٢ – المصدر السابق.

٣ – المصدر السابق؛ ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١/٦٧٠.

٤ – الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٢ ، بدر المتقى في شرح الملتقى بهامش بمجمع الأنهر في شرح الملتقى الابحر ١/٦٧٢.

العمل، وهو قول أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه ضيّع القدرة على العمل فصار كتعطيل الأرض الخراجية[1].

[بيان وقت وجوب الجزية]

(١٣٣٤) وأما بيان وقت وجوب الجزية قال: الجزية تجب أول الحول عندنا حتى كان للإمام أن يطالبه بالجزية متى قبل عقد الذمة، والاستيفاء في آخر الحول بطريق التخفيف والتأجيل عند أبي حنيفة رحمه الله، فتؤخذ في آخر الحول قبل دخول الحول الثاني، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: تؤخذ في كل شهرين بقسط ذلك، وفي المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله: يعامل على الجزية كالضريبة كلما مضى شهران أخذ منه شيء، ولا يؤخذ منه جميع ذلك حتى يتم السنة، وعن محمد رحمه الله يؤخذ في كل شهر بقسطه[2].

(١٣٣٥) وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف رحمهما الله: إذا احتلم الغلام من أهل الذمة في أول السنة قبل أن يوضع الجزية على رؤوس الرجال وهو موسر، وضع عليه الجزية، وإن أسلم بعد ما وضعت

---

١ – بدر المستقى في شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٦٧٢/١.

٢ – الفتاوى الهندية ٢٤٤/٢؛ والفتاوى التاتارخانية ٤٤٣/٥-٤٤٤؛ ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١٧٢/١.

الجزية على رؤوس الرجال لم تؤخذ عنه لتلك السنة، وهذا بناءً على أن وجوب الجزية وتوظيفها في أول السنة عندنا، فيراعى أهلية التوظيف في تلك الحالة[١].

(١٣٣٦) وعلى هذا، المجنون يفيق، والمملوك يعتق، والحربي إذا صار ذمة في أول السنة أو آخرها[٢].

وفي المنتقى: قال أبو يوسف رحمه الله: إذا أغمي عليه أو أصابته زمانة وهو موسر، أخذت منه الجزية[٣].

قال الشيخ الإمام الحاكم أبو الفضل رحمه الله: هذا خلاف رواية الأصل، فإن على رواية الأصل: شرط أخذ الجزية أهلية الوجوب من أول الحول إلى آخره، وعلى رواية هذا الكتاب: شرط أخذ الجزية أهلية الوجوب في أول الحول[٤].

---

١ - الفتاوى الهندية ٢/٢٤٥؛ والفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٤.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٤.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٤.

٤ - الفتاوى الهندية ٢/٢٤٦؛ والفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٤.

بيان ما يوجب سقوط الجزية

(١٣٣٧) وأما بيان ما يوجب سقوط الجزية: قال: الكـافر إذا أسلم وهو من دار الموادعة، فإن خراج الرأس يسقط عنه سـواء أقـام بأرضه أو هاجر إلينا، وقال بعض العلماء رحمـهم الله: لا يسـقط وإن أسلم، ما لم يهاجر إلينا[1] وهكذا روي عن إبراهيم النخعي رحمه الله[2].

(١٣٣٨) وخراج الأرض لا يسقط وإن أسلم[3].

(١٣٣٩) وإن مات الذمّي بعد تمام السنة، أو بعد مضي بعـض السنة، لا يؤخذ من تركته؛ لأنها وجبت عقوبةً على الكفـر، وعقوبـة الكفر تسقط بالموت؛ لأن شرع العقوبة في الدنيا لا يكون إلا لدفع الشرّ وقد اندفع بالموت[4].

(١٣٤٠) وفي المنتقى: عن محمد رحمه الله: نصراني عجّل خـراج رأسه لسنتين ثم أسلم، قال: يردّ إليه خراج سنة، وإن أدّى خراج سنة، ثم أسلم في أول السنة لم يردّ إليه[5].

(١٣٤١) قال محمد رحمه الله في كتاب العشر والخراج: مـن لم يؤخذ منه خراج رأسه على ما وظّف حتى جاءت سنة أخرى، فلا يؤخذ

---

١ - الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٥٨٩/٣.

٢ - انظر لترجمته: المجلد الثاني /١٣٥، رقم الفقرة ٦٨٩.

٣ - الفتاوى الهندية وقال: كذا في الهداية ٢٤٠/٢.

٤ - ملتقى الأبحر ومجمع الأنهر ٦٧٢/١-٦٧٣.

٥ - الفتاوى التاتارخانية ٤٤٤/٥.

لما مضى، وذكر في الجامع الصغير: من لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يؤخذ[1].

وإذا صار مقعداً أو شيخاً كبيراً لا يقدر على العمل لا يؤخذ لما مضى بالاتفاق[2].

وقيل: خراج الأرض على هذا الخلاف.

وقيل: لا تداخل فيه بالاتفاق.

وما ذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير: وجاءت سنة أخرى، حمل بعض المشايخ رحمهم الله على المضي مجازاً، وقال: الوجوب بآخر السنة، فلابد من المضي ليتحقق الاجتماع[3]، وعند البعض: هو مجري على حقيقته والوجوب عند أبي حنيفة رحمه الله بأول الحول على ما ذكرنا فتحقق الاجتماع بمجرد المجيء، والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول، وعند الشافعي رحمه الله في آخره اعتباراً بالزكاة[4].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٥؛ ومجمع الأنهر ١/٦٧٢-٦٧٣.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٥.

٣ - وفي نسخة "ج" (الإجماع).

٤ - انظر للتفصيل: مجمع الأنهر وملتقى الأبحر ١/٦٧٢-٦٧٣؛ والفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٣-٤٤٤.

بيان متى يصير الحربيّ ذمياً

وأما بيان أنه متى يصير الحربيّ ذمياً:

(١٣٤٢) قال: حربيّة دخلت دارنا بأمان، فتزوّجها ذميّ أو مسلم، فإن كانت كتابيةً تصير ذميّة، لأنها تبع للزوج في المقام، فلايمكنها العود إلى دار الحرب فتصير ذميّة؛ لأن الذميّ هو الكافر الموطن في دار الإسلام، وقال الشافعي رحمه الله: لا تصير ذميةً؛ لأن النكاح عقد معاوضة كسائر العقود، فلو دخل حربيّ دارنا بأمان فتزوّج ذمية لا يصير ذمياً؛ لأن الزوج لا يتبع المرأة في المقام، فلم يكن ملتزماً للمقام ههنا، وإن كان لا يمكن من نقل المرأة إلى دار الحرب[1].

(١٣٤٣) قال: حربيّ دخل دارنا بأمان، فاشترى أرض عشر أو خراج لا يصير ذميّاً، حتى يزرعها فيؤخذ منه عشر أو خراج، فإذا أخذ منه خراج أرضه صار ذمياً ويوضع عليه خراج رأسه، ولم يترك أن يخرج إلى داره؛ لأن عشر الخارج وخراج الأرض حكم من أحكام المسلمين، فلما وضع على المستأمن خراج في أرضه يُعدّ من أهل دار الإسلام، وإذا صار من أهل دار الإسلام كان ذمياً، وقال بعض العلماء رحمهم الله: بنفس الشراء يصير ذمياً؛ لأن شري الأرض للقرار، فصار بالشراء راضياً

---

١ – الفتاوى الهندية نقلاً عن السراج الوهاج ٢/٢٢٣؛ والفتاوى التاتارخانية ٥/٣٦٤.

بالمقام في دارنا إلا أنا نقول: الشراء قد يكون للتجارة، وقد يكون للزراعة، فلا يصير راضياً بالمقام في دارنا ما لم يزرع، فيؤخذ منه الخراج، ألا ترى! أنه لو تزوّج ذمّيّة في دارنا لا يصير ذمّياً وإن كان التزوّج للقرار.

(١٣٤٤) قال في الكتاب: إذا وضع عليه الخراج كان ذمّياً، قال بعض العلماء: إنما يكون كذلك إذا نبّه على ذلك وبيّن له أنا نأخذ منك خراج أرضك إن لم تبعها، ولم ترجع إلى بلادك، ومنهم من قال: معنى قوله: إذا وضع عليه الخراج، أي إذا وضع عليه الخراج وطولب به صار ذمّياً؛ لأن كونه ذمّياً إنما يتفرّع عن خراج أرضه فما لم يجب الحق في أرضه لم يتفرّع عنه صيرورته ذمّياً[1].

(١٣٤٥) قال: ولو استأجر الحربيّ أرضاً من أرض الخراج، فزرعها وأدّى أجرها إلى الذي استأجرها منه، وأخذ الخراج من صاحبها، لم يكن الحربيّ ذمّياً بالزراعة؛ لأنه لم يجر عليه حكم من أحكام الإسلام؛ لأنه لم يؤخذ منه الخراج[2].

ولو أن حربيّاً استأجر من رجل أرضاً، خراجها المقاسمة ورأى الإمام أن يأخذ الخراج من المستأمن يصير ذمّياً بالاتفاق، أما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلا يشكل؛ لأن الخراج عندهما يجب على المستأجر والحربيّ هو المستأجر، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله: وإن كان

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٣٦٢/٥؛ والفتاوى الهندية ٢٣٥/٢.

٢ - الفتاوى الهندية ٢٣٥/٢.

الخراج على رب الأرض، لكن لما حكم به الإمام على المستأجر وأخذ من الخارج فقد قضى في موضع مجتهد فيه فنفذ قضاؤه وصار ذمياً بالاتفاق[1].

(١٣٤٦) قال: ولو اشترى الحربيّ المستأمن أرضاً من أراضي الخراج، وخراجها مقاسمة النصف أو الثلث، فآجرها من رجل من المسلمين، أو من أهل الذمة ليزرعها ببذره، فأخرجت طعاماً فأخذ الإمام من المستأجر نصف ما أخرجت، ورأى الإمام أن ذلك على المزارع، فإن الحربي لا يصير ذمياً؛ لأن الخراج لم يجب عليه في أرضه، وإنما أُخذ من غيره، ولو كان الذي استأجرها منه حربياً مستأمناً، صار المستأجر ذمياً؛ لأنه جرى عليه الحكم في زرعه[2].

(١٣٤٧) ولو لم يؤاجرها الحربيّ ولكنه أعارها، فإن كان الخراج خراج مقاسمة، لا يصير الحربيّ المعير به ذمياً؛ لأن الخراج كان في الزرع في قولهم جميعاً، فلم يؤخذ الحق من مال الحربيّ، وإن كان الخراج دراهم يصير الحربيّ المعير ذمياً؛ لأن الخراج على الحربيّ المعير.

(١٣٤٨) ولو غصبها إيّاه غاصب، فزرعها، وخراجها المقاسمة، فأخرجت زرعاً كثيراً، فإن كانت الزراعة لم تنقص شيئاً، فالخراج يؤخذ من الخارج في قولهم جميعاً؛ لأن خراج المقاسمة بمنزلة العشر، والعشر على

---

١ - الفتاوى الهندية ٢/٢٣٥.

٢ - الفتاوى الهندية ٢/٢٣٥.

الغاصب، فلا يصير صاحبها المستأمن ذميًا؛ لأن الحق لم يجب عليه في أرضه، وإن كانت الزراعة نقصت الأرض فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله[1]: لا يصير ذمياً؛ لأن على قوله يؤخذ الخراج من الخارج والنقصان لربّ الأرض، وإن كان خراجها دراهم فاغتصبها مغتصب فزرعها، ولم ينقصها الزرع شيئاً، لم يصر صاحبها المستأمن ذميّاً؛ لأن خراجها على الغاصب، ولم يجر على المستأمن الحربيّ حكم من أحكام المسلمين.

فإن كان الزرع نقصها شيئاً نُظر: إن كان النقصان مثل الخراج أو أكثر، يصير صاحبها المستأمن ذميًا؛ لأن المستأمن يأخذ ذلك النقصان ويؤدّي منه الخراج، فيكون الفضل له إن كان، وإن كان النقصان أقلّ من الخراج يصير ذميًا؛ لأنه جرى عليه حكم من أحكام المسلمين.

وذكر أبو يوسف رحمه الله في مزارعة الكبير: أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: يؤخذ الخراج كله من المغتصب منه، قلّ النقصان أو كثر، وذكر في مزارعة الصغير: وأثبت الجواب أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: الخراج كله على ربّ الأرض؛ لأنه أخذ من منافع أرضه بدلاً فصار كأنه آجر أرضه بما أخذ، ولو آجر أرضه كان الخراج عليه، وفت الأجرة بالخراج أو لم تف، فكذلك ههنا[2].

---

١ - وفي نسخة "ب" و"ج" لم يذكر أبو حنيفة رحمه الله وقال: فعلى قول محمد رحمه الله.

٢ - الفتاوى الهندية ٢/٢٣٩؛ والفتاوى الخانية على هامش الهندية ٣/٥٩٢.

ثم إذا أخذ جميع الخراج من الحربيّ المغصوب منه أو بعضه يصير ذميّاً؛ لأن حكم المسلمين كما جرى عليه بأخذ كله، جرى عليه بأخذ بعضه.

(١٣٤٩) ولو زرعها الحربيّ المستأمن أو الغاصب أو المستأجر أو المستعير فأصاب زرعها آفة لم يصر المستأمن صاحب الأرض ذميّاً؛ لأنه لم يجب عليه في أرضه خراج تلك السنة فلم يصر من أهل دارنا.

(١٣٥٠) قال: ولو أن مستأمناً فينا اشترى أرضاً خراجيّة، فجاء مستحقّ، واستحقها بالبينة وأدّى خراجها سنةً أو سنتين، ثم وجد القاضي الشهود عبيداً وردّ الأرض على المستأمن، لم يكن هو ذميّاً؛ لأنه إنما يصير المستأمن ذميّاً إذا وجب عليه الخراج، و لم يجب عليه ههنا؛ لأن وجوب الخراج باعتبار التمكن من الانتفاع، و لم يتمكّن، وكذلك لو غصبها إيّاه سلطان لا يقاومه المستأمن، ولو غصبها من يتمكّن المستأمن من إثبات حقّه عليه بالحجة، فلم يفعل، فإن كان الغاصب زرعها، فالمستأمن لا يكون ذميّاً؛ لأن الخراج على الغاصب إذا زرعها، وإن كان الغاصب لم يزرعها فقد صار المستأمن ذميّاً؛ لأنه كان متمكّنا من استردادها والانتفاع بها فيلزمه خراجها، وإذا لزمه خراجها كان ذميّاً وهو بمنزلة ما لو غرقها ماء، وقد كان المستأمن متمكّنا من أن يحتال لذلك فلم يفعل، حتى مضت السنة فعليه خراجها وكان ذميّاً للمعنى الذي قلنا، ولو

لم يزرع الغاصب الأرض حتى ردّها بعد مضي السنة لم يكن الحربيّ ذميّاً، لأنه لا يلزمه خراجها[1].

قال: ولو كان الغاصب حربيّاً مثل صاحب الأرض فزرعها، فنقصتها الزراعة، فالغاصب ضامن لنقصان الأرض، ثم إن كان الخراج مثل النقصان أو أقل، فصاحب الأرض يصير ذميّاً دون الزارع؛ لأن الخراج على صاحب الأرض ههنا، وإن كان أقل من الخارج فقد صارا ذميّين؛ لأن قدر النقصان من الخراج على ربّ الأرض والفضل على الزارع فقد وجب على كل واحد منهما بعض الخراج، ولو كانت الأرض لم تنقصها الزراعة، فالغاصب يصير ذميّاً، دون صاحب الأرض؛ لأن الخراج ههنا على الغاصب كله[2].

ولو عطّلها الغاصب و لم يزرعها، فإن كان صاحب الأرض يتمكّن استردادها بالحجة و لم يفعل، كان الخراج عليه، وصار ذميّاً، وإن كان لا يتمكّن من ذلك، فلا خراج على واحد منهما، وهما حربيّان على حالهما.

(١٣٥١) قال: ولو أن المستأمن اشترى أرضاً عشريةً فقد صارت خراجيّةً في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول أبي يوسف رحمه الله: يؤخذ منه العشر مضاعفاً، وفي قول محمد رحمه الله: هي عشريّة على

---

١ – الفتاوى الهندية ٢/٢٣٩.

٢ – الفتاو ى الهندية ٢/٢٣٩.

حالها، فإذا زرعها أو تمكّن من زراعتها كان ذمياً في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لزمه الخراج في الوجهين، وفي قول محمد رحمه الله: إن زرعها كان ذميّاً؛ لأن العشر مؤنة الأرض النامية كالخراج؛ ولكن لا يجب إلا بحصول الخارج حقيقةً، وما لم يلزمه ما يجب في الأراضي في دار الإسلام لا يصير ذمياً، وإن باعها الحربيّ قبل أن يجب فيها الخراج لا يتحول عن ذلك، هكذا ذكر في السير الكبير.

وذكر في رواية أخرى: كان على المشتري العشر دون الخراج، فالوجه لهذه الرواية: أن الكافر يملكها حين اشتراها فصارت خراجيّةً بتملّكه إياها، وقد باعها وهي خراجيّة، والمسلم متى اشترى من كافر أرضاً خراجيّةً بقيت خراجيّةً، ووجه الرواية الأخرى: وهو أنه لما باعها قبل وجوب الخراج فيها، لم يؤخذ من الأرض حق غير العشر، فدامت عشريّةً كما كانت، ولا يعتبر ما اعترض فيها من ملك الكافر، والحربيّ لا يكون ذمياً؛ لأن الأرض وإن كانت، صارت خراجيّةً، لا يصير صاحبها ذمياً ما لم يجر عليه حكم من أحكام المسلمين، فكان هذا بمنزلة حربيّ في دار الحرب، وكّل مسلماً أن يشتري له أرضاً من أرض العشر في دار الإسلام، فاشتراها، صارت خراجيّةً في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يصر[1] صاحبها ذمياً وإن صارت الأرض خراجية، لما أنه لم يجر على صاحبها حكم من أحكام المسلمين، كذلك ههنا.

---

١ - هكذا في نسخة "ب" وأما في نسخة "أ" (يصر بدون حرف النفي، فهو خطأ).

قال: ولو أن هذا المستأمن الذي اشترى أرضاً عشريّةً آجرهـــــا، فعند أبي حنيفة رحمه الله: صارت الأرض خراجيّةً، والخراج يجب علـــى صاحب الأرض، فيصير به ذميّاً، وفي قول محمد رحمـــه الله: لا يصـــير صاحب الأرض ذميّاً؛ لأن العشر في الخارج على المستأجر، وإن كـــان المستأجر حربياً فالمستأجر عنده يصير ذمياً؛ لأنه قد لزمه عشرها.

(١٣٥٢) ثم فرّق محمد رحمه الله بين العشر الذي يجـــب علـــى المستأمن في الخارج من أرضه، وبين العشر الذي يأخذه العاشر من الحربيّ المستأمن الذي يمر به عليه، فقال: باعتبار ذلك العشر لا يصير ذميّـــاً، وإذا أُخذ العشر من أرضه يصير ذميّاً، ووجه الفرق: وهو أن الحربيّ إذا مـــرّ على العاشر لا يؤخذ منه مثل ما يؤخذ من المسلم أو الذميّ، فإن العاشـــر يأخذ من الحربيّ عشر ما يمرّ به، ويأخذ من الذميّ نصف العشر، ومـــن المسلم ربع العشر، فإذا لم يؤخذ منه مثل ما يؤخذ من المسلم لم يصر هـــو من أهل دار الإسلام، ألا ترى! أنه يؤخذ منه مراراً في يوم واحد متى عاد في كل مرة إلى داره، ثم رجع إلى دار الإسلام، فإذا لم يصر بمنزلة من هـــو من أهل دار الإسلام لم يصر ذميّاً، أما ههنا يؤخذ من طعامه من العشـــر مثل ما يؤخذ من طعام المسلمين، فلا يؤخذ منه إلا مرّةً واحدةً كمـــا لا يؤخذ من المسلم إلا مرّةً واحدةً على أن العشر مأخوذ من الحربيّ بطريـــق المجازاة، ولهذا لو لم يأخذوا من تجّارنا شيئاً، لا نأخذ من تجّارهم شـــيئاً،

وهذا العشر مأخوذ بطريق مؤنة الأرض النامية في دار الإسلام فكان كالخراج.

[بيان ما يفعل بأهل الذمة بعد ضرب الجزية]

(١٣٥٣) وأما بيان ما يفعل بهم بعد ضرب الجزية وقبول عقد الذمّة، قال محمد رحمه الله في آخر الجامع الصغير: ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على السرج، الذي كهيئة الألف ليقع التميز بينهم وبين المسلمين[1].

قال في كتاب العشر والخراج: وينبغي أن لا يترك أحد من أهل الذمة أن يتشبّه بالمسلمين في ملبوسه ولا في مركوبه ولا زيّه وهيئته، ويمنعون عن ركوب الفرس إلا إذا وقعت الحاجة إلى ذلك، بأن استعان بهم الإمام في المحاربة والذبّ عن المسلمين، وهكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في المبسوط، وذكر صدر الإسلام رحمه الله: ويمنعون عن ركوب الأفراس الفاخرة إلا الكوادن، قال: شيخ الإسلام رحمه الله: لا يمنعون عن ركوب البغل، ولكن يمنعون من أن يضعوا على المركب سرجاً كسرج المسلمين، وينبغي أن يكون على قربوس سرجهم مثل الرمانة، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله في شرح كتاب العشر: لم يرد بقوله: "على قربوس السرج مثل الرمانة" أن يكون مقدّم سرجهم مثل مقدّم سرجنا ثم يكون

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٥؛ ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١/٦٧٤-٦٧٥.

عليه رمانةٌ، وإنما أراد أن يكون قربوس سرجهم مثل مقدّم الإكاف وهو مثل الرمانة، وقال بعض مشايخنا رحمهم الله: أراد به أن يكون سروجهم كسروج المسلمين، وعلى مقدّمها شيء كالرمانة، والأول أصح[1].

قال: ويمنعون عن لبس الرداء، والعمائم، والدراعة التي يلبسها علماء الإسلام، لما فيه من الازدراء بهم، وينبغي أن يمنعوا أن يكون شراك نعالهم كشراك نعالنا ومكاعبهم كمكاعبنا، وخفافهم كخفافنا، وينبغي أن يؤخذوا حتى يتخذ كل إنسان منهم مثل الخيط الغليظ يعقد على وسطه، وينبغي أن يكون ذلك الخيط من القطن أو الصوف، ولا يكون من الإبريسم، وينبغي أن يكون غليظاً، ولا يكون رقيقاً، بحيث لا يقع البصر إلا وأن يدقّق النظر، قال شيخ الإسلام رحمه الله: وينبغي أن يعقد على وسطه عقداً ولا يجعل حلقة يشدّه كما يشدّ المسلم المنطقة، ولكن يعلقون على اليمين والشمال، وينبغي أن لا يتركوا أن يلبسوا أقبيةً مزيّنةً وقمصاً مزيّنةً، بل يلبسون أقبيةً خشنةً، وقمصاً خشنةً جيوبهم على صدورهم، كما يكون للنسوان، وهذا كله إذا وقع الظهور عليهم[2].

(١٣٥٤) أما إذا وقع معهم الصلح على بعض هذه الأشياء، فإنهم يتركون على ذلك، ثم اختلف المشايخ رحمهم الله أن المخالفة بيننا

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٥-٤٤٦؛ ومجمع الأنهر ١/٦٧٥؛ وبدائع الصنائع ٧/١٦٨.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٦؛ وبدائع الصنائع ٧/٦٧٥.

وبينهم شرط بعلامة واحدة أو بعلامتين أو بالثلاث، قال بعضهم: بعلامة واحدة، إما على الرأس كالقلنسوة الطويلة المضروبة، أو على الوسط كالكستيج، أو على الرجل كالنعل والمكعب على خلاف مكاعبنا ونعالنا، قال بعضهم: لا بد من الثلاث ومنهم من قال: في النصارى يكتفي بعلامة واحدة، وفي اليهود يحتاج إلى علامتين، وفي المجوس إلى ثلاث علامات، وإليه مال الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله[1].

قال شيخ الإسلام رحمه الله: والأحسن أن يكون في الكل ثلاث علامات، وكان الحاكم الإمام أبو محمد الكرميني يقول: إن صالحهم الإمام وأعطاهم الذمّة بعلامة واحدة لا يزاد عليها، أما إذا فتح بلدةً عنوةً وقهراً فللإمام أن يلزمهم العلامات، وهو الصحيح.

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أن أهل الذمة يمنعون عن إظهار بيع الخمور والخنازير في أمصار المسلمين، ومن إدخال ذلك في الأمصار على وجه الشهرة والظهور[2].

وكذلك إن حضر لهم عيد يخرجون فيه صليبهم، يمنعون عن ذلك في فناء المصر؛ لأن فناء المصر كجوفه في حكم إقامة الجمعة والعيد على

---

١ - انظر لترجمته: المجلد الأول ٢١٢/١، رقم الفقرة٢١٣.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٤٧/٥-٤٤٨؛ والفتاوى الهندية ٢٥٠/٢؛ وبدائع الصنائع ١٦٩/٧.

ما ذكر في نوادر أبي سليمان: أن الإمام إذا حزبه أمر يوم الجمعة وخرج مع الناس إلى بعض أفنية المصر، فله أن يصلّي الجمعة بهم، وهم يمنعون عن إظهار ذلك في الموضع الذي يصلّى فيه الجمعة كيلا يؤدّي إلى صورة المعارضة بين المسلمين.

وإن أرادوا ضرب الناقوس في جوف كنائسهم القديمة لم يمنعوا عن ذلك، ويمنعون خارجاً منها، لما فيه من معارضة أذان المسلمين فيه بالصورة[1].

وأما كل قرية أو موضع ليس بمصر من أمصار المسلمين، فإنهم لا يمنعون من إحداث جميع ذلك فيها، وإن كان فيها عدد من المسلمين، لأن هذا ليس بموضع إعلام الدين، وكثير من أئمة بلخ رحمهم الله قالوا: إنما أجاب بهذا في السير الكبير والمبسوط على حال قراهم بالكوفة، فإن عامة من يسكنها أهل الذمّة والرّوافض[2].

أما في ديارنا، فهم يمنعون عن ذلك في القرى كما يمنعون منه في الأمصار؛ لأنها موضع جماعات المسلمين وجلوس المدرّسين بمترلة الأمصار، ومشايخ ما وراء النهر رحمهم الله يقولون: لا يمنعون من إحداث ذلك في القرى على كل حال، لأن المنع باعتبار أنه موضع إقامة معالم الدين فيه، وفي هذا دليل على أن تنفيذ الأحكام يختص بالأمصار

---

١ - الفتاوى الهندية ٢/٢٥٠-٢٥١.

٢ - الفتاوى الهندية ٢/٢٥١.

دون القرى[1]، وهكذا أشار إليه في أدب القاضي، وذكر الخصاف رحمه الله: أن القرى في ذلك والأمصار سواء، فالحاصل: أنهم يمنعون من إحداث ذلك في المصر، وما يكون من فناء المصر، ولايمنعون في القرى التي يكون أكثر السكان فيها من أهل الذمّة[2]، أما في القرى التي يسكنها المسلمون، اختلف المشايخ فيه على ما بيّناه.

قال: فإن نزل عليهم المسلمون في مدائنهم وقراهم، وفيها الكنائس وبيع الخمور والخنازير علانيةً وتزويج المحارم، فكل موضع صار مصراً للمسلمين، فإنهم يمنعون من إحداث الكنائس فيه، وإظهار شيء مما كانوا يظهرونه قبل ذلك؛ لأن هذا الموضع قد صار من أمصار المسلمين بما أحدثوا من السكنى فيه بعد الصلح، وإن هدمت كنيسة من كنائسهم القديمة، فلهم أن يبنوها، وإذا بنوها كما كانت، فالبناء الثاني مثل الأول[3].

وإن قالوا: نحوّله من هذا الموضع إلى موضع آخر من المصر، ليس لهم ذلك؛ لأن الموضع الآخر قد صار معدّاً لإظهار أحكام الإسلام فيه، فلا يمكّنون من أن يجعلوه معدّاً بعد ذلك لإظهار أحكام الشرك، وإن كان بعوض يجعلونه للمسلمين[4].

---

١ - الفتاوى الهندية ٢٥١/٢.

٢ - بدائع الصنائع للكاساني ١٦٩/٧.

٣ - الفتاوى الهندية ٢٥١/٢؛ والفتاوى التاتارخانية ٤٤٩/٥؛ وبدائع الصنائع ١٦٩/٧.

٤ - الفتاوى التاتارخانية ٤٤٩/٥؛ وبدائع الصنائع ١٦٩/٧.

(١٣٥٥) قال: وإن مصّر الإمام في أرضهم مصراً للمسلمين، فاشترى بها أهل الذمّة دوراً، وسكنوا مع المسلمين، لم يمنعوا من ذلك؛ لأنّا إنّما قبلنا منهم عقد الذمّة ليقفوا على محاسن الإسلام، فعسى أن يؤمنوا، واختلاطهم بالسكنى يحقّق ما قلنا، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وكان شيخنا الإمام يقول: هذا إذا قلّلوا وكانوا بحيث لا يتعطّل بعض جماعات المسلمين، ولا يتقلّل بسكناهم، أما إذا كثروا على وجه يؤدّي إلى تعطيل بعض الجماعات، أو تقليلها، منعوا من ذلك وأمروا بأن يسكنوا ناحيةً ليس فيها للمسلمين جماعة، وهذا محفوظ عن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي[1].

(١٣٥٦) قال: وإذا اشترى داراً للسكنى، فأرادوا أن يتخذوا منها كنيسةً، أو بيت نار، أو بيعةً منعوا من ذلك، لما في إحداث ذلك استخفاف للمسلمين، وكذلك يمنعون من إظهار بيع الخمور والخنازير ونكاح ذات المحارم، ولا ينبغي لأحد من المسلمين أن يؤاجرهم بيتاً لشيء من ذلك، وإن آجرهم فأظهروا شيئاً من ذلك يمنعهم صاحب البيت وغيره على سبيل النهي عن المنكر، وصاحب البيت في ذلك كغيره، ولا يفسخ عقد الإجارة بهذا، وإن اتخذ فيه مصلّىً لنفسه خاصّةً لم يمنع عن ذلك؛ لأن هذا من جملة السّكنى وقد استحقّ ذلك بالإجارة، فإن أراد أن

---

١ - الفتاوى الهندية ٢/٢٥٢.

يجعل هذا البيت صومعةً ليتخلى فيه كما يتخلى أصحاب الصوامع، منع من ذلك؛ لأن هذا شيء يشتهر ظاهراً، وهو بمنزلة اتخاذ الكنيسة[١].

(١٣٥٧) قال: وليس ينبغي لمسلم ولا لكافر أن يُدْخِلَ في كل مصر من أمصار المسلمين خمراً ولا خنزيراً ظاهراً، فإن فعل ذلك مسلم، وقال: إنما مررت مجتازاً، وأريد أن أخلّل الخمر، وقال: "ليس هذا لي" فإن كان ديّناً لا يتهم، خلّي سبيله، وإن كان ممن يتّهم بتناول ذلك، أريقت خمره وذبحت خنزيره، وأحرق بالنار، فإن رأى الإمام أن يؤدّبه بأسواط ويحبسه فعل؛ لأنه صار مستوجباً للتعزير بارتكاب ما لا يحلّ وهو إظهار الخمر والخنزير في مصر المسلمين[٢].

(١٣٥٨) ولا ينبغي له أن يعرّض الإناء بالكسر والتمزيق، فإن فعل ذلك إنسان ضمن قيمة ما أفسده إلا أن يكون رأى الإمام أن يفعل ذلك عقوبةً لصاحبه، فحينئذٍ لا ضمان عليه فيما صنع؛ لأن هذا حكم منه في موضع الاجتهاد.

ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول: تأويل هذا في إناء يشرب فيه الخمر على وجه لا يمكن الانتفاع به بطريق آخر، والأصح قول الأول، فإنه إذا صار بهذه الحالة كان الإمام وغيره في هذا سواء[٣].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٩-٤٥٠.

٢ - الفتاوى الهندية ٢/٢٥١.

٣ - الفتاوى الهندية ٢/٢٥١.

فإن كان الذي أدخله ذمياً إن كان جاهلاً ردّ عليه متاعه وأخبره أنه إن عاد أدّبه؛ لأن الجهل من مثله عذر مانع من التأديب فإن عاد بعد ما تقدم، أو كان عالماً في الابتداء لم ينبغ للإمام أن يريق خمره ولا أن يذبح خنزيره، ولكنه يؤدّبه على ذلك بالضرب والحبس، فإن أتلف إنسان شيئاً من ذلك ضمن قيمته؛ لأن حقهم في الخمر والخنزير كحق المسلم في الأواني[1].

(١٣٥٩) قال: ولو مرّ ذميّ بخمر له في سفينة في مثل دجلة والفرات فمرّ بها في وسط "بغداد"، أو "واسط"، أو "مدائن"، لم يمنع من ذلك؛ لأن الطريق الأعظم لابدّ له من الممرّ فيه، وما لا يستطاع الامتناع منه فهو عفو، وكذلك إن أرادوا الممرّ بذلك في طرق الأمصار، ولا ممرّ لهم غير ذلك، لم يمنعوا منه، فإن كان لهم طريق سوى ذلك، منعوا من ذلك، وإن لم يكن لهم طريق غير ذلك، فينبغي للإمام أن يبعث معهم أميناً حتى يخرجهم من المصر، حتى لا يخلو حالهم في ذلك عن معنى الذّل، وحتى لا يدخلوا ذلك بعض مساكن المسلمين من المتّهمين بشرب ذلك[2].

(١٣٦٠) قال: ولو طلب قوم من أهل الحرب الصلح على شرط أن المسلمين إن اتّخذوا مصراً في أرضهم لم يمنعوهم من أن يحدثوا فيه بيعةً

١ - الفتاوى الهندية ٢/٢٥١-٢٥٢.

٢ - الفتاوى الهندية ٢/٢٥٢.

وكنيسةً وأن يظهروا فيه بيع الخمر والخنزير، فلا ينبغي للمسلمين أن يصالحوهم على ذلك إلا عند تحقق الضرورة، فإن أعطاهم الإمام على هذا عهداً، فإنه لا ينبغي له أن يفي بهذا الشرط؛ لأنه مخالف لحكم الشرع، ألا ترى! أنهم لو شرطوا في الصلح إظهار الزنا واستئجار الزواني علانيةً لا يجوز الوفاء لهم بهذا الشرط[1].

ولو أن الذين صولحوا على أراضيهم، أحدثوا كنائس في قراهم وأمصارهم بعد ما صاروا ذمّةً ثمّ صار ذلك الموضع مصراً من أمصار المسلمين، فليس ينبغي للمسلمين أن يهدموا شيئاً من ذلك؛ لأنهم أحدثوه، وما كانوا ممنوعين من إحداثه يومئذٍ، فكان ذلك وكنائسهم القديمة التي وقع عليها الصلح سواءً، يترك ذلك لهم ويمنعون من إحداث الكنائس بعد ما صار مصراً من أمصار المسلمين[2].

فإن قيل: كيف يمنعون من إظهار بيع الخمر والخنازير في هذا المصر، ولا يمنعون من العبادة في الكنائس القديمة، قلنا: بيع الخمر والخنزير إنشاء تصرّف منهم بعد ما صار ذلك الموضع دار الإسلام، فأما استدامة الكنيسة على ما كانت، ليس بإنشاء التصرف، وصلاتهم فيها وإن كان إنشاءً فبعقد الذمّة قد استحقّوا ترك التعرّض لهم في ذلك، فكان صلاتهم فيها بمنزلة شرائهم الخمر وأكلهم الخنازير.

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٥٣/٥.

٢ - بدائع الصنائع ١٦٩/٧.

(١٣٦١) قال: ولو أن مصراً من أمصار أهل الذمّة صار مصراً للمسلمين يُجَمّع فيها الجمع، ويقام فيها الحدود، ثم تحول المسلمون عنه، فلم يبق فيه منهم إلا نفر يسير يعود الحكم فيه على ما كان في الابتداء، لا يمنعون من إحداث البيع والكنائس فيه، فإن بنوا فيه الكنائس ثم بدا للمسلمين ورجعوا إلى ذلك المصر، لم يهدموا شيئاً مما أحدثوا من الكنائس قبل عود المسلمين إليهم.

وإن كان ذلك الموضع أخذ عنوةً يمنعون من الصلاة فيها كما يمنعون من ذلك في الكنائس القديمة[1].

وإن كان لهم كنيسة في مصر من أمصار المسلمين، فأراد المسلمون منعهم عن الصلاة فيها، فقالوا: نحن قوم من أهل الذمة، صالحنا على بلادنا، وقال المسلمون: بل أُخِذَت بلادكم عنوةً ثم جعلتم ذمّةً وقد تطاول الزمان و لم يُدر كيف كان؟ فإن الإمام ينظر في ذلك، هل فيه أثر عند الفقهاء، ويسأل أصحاب الأخبار: كيف كان أهل هذه الأرض؟ فإن وجد فيه أثراً عمل به؛ لأن هذا مما لا يمكن إثباته بالشهادة القاطعة، وإن لم يجد عند الفقهاء أثراً في ذلك أو كانت الآثار فيه مختلفةً، فإن الإمام يجعلها أرض صُلح، ويجعل القول فيها قول أهلها؛ لأنها في أيديهم، وهم يتمسّكون بالأصل، والمسلمون يريدون الاعتراض عليهم بالمنع أو الهدم، فيكون القول في ذلك قول المتمسكين بالأصل مع أيمانهم.

---

١ - بدائع الصنائع ١٦٩/٧.

وجاء أثر أنهم أهل صلح وأثر أنهم أخذوا عنوةً، فإن القول فيه قولهم أيضاً لتعارض الآثار بخلاف ما إذا شهد شهود على شهادة شهود أنهم صالحوا، وشهد شهود على شهادة شهود أنهم أُخذوا عنوةً، فإنه يعمل بشهادة الفريق الثاني؛ لأن الشهادة حجة قاطعة، فيترجّح بالإثبات، فأما الأثر ليس بشهادة قاطعة فلا يعمل بها في النفي، وفي الإبقاء والإحداث بصفة واحدة، فيتحقق المعارضة[1]، فيصار إلى التمسّك بالأصل.

وأشار إلى معنى آخر في السير الكبير، وقال: لما جعل القول قولهم قبل إقامة البينة، كان المحتاجون إلى البيّنة هم المسلمين دون أهل الذمّة، فيقبل بيّنتهم على ذلك بمنزلة بيّنة الخارج مع ذي اليد في دعوى الملك المطلق.

ولو جاء أثر أنهم أخذوا عنوةً، وجاءت شهادة على شهادة أنهم صالحوا، كانت الشهادة أحق؛ لأنها حجة قاطعة؛ ولكن يشترط أن يكون شهود الأصل والفرع من المسلمين؛ لأن شهادة أهل الذمّة لا تكون حجّةً على المسلمين.

ولو جاء أثر أنهم صولحوا[2]، وجاءت الشهادة أنهم أخذوا عنوةً، فإنه يؤخذ بالشهادة، ويستوي في ذلك شهادة المسلمين وأهل الذمّة؛ لأنها تقوم عليهم باستحقاق ما في أيديهم، وشهادة أهل الذمة حجّة عليهم[3].

---

١ - العبارة في نسخة "ب" و "ج" هكذا (فأما الأثر ليس بشهادة قاطعة والعمل بها في النفي والإثبات وفي الإبقاء والإحداث بصفة واحدة فيتحقق المعارضة).

٢ - وفي نسخة "ب" (صالحوا).

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٥٣-٤٥٤.

(١٣٦٢) وقال: ويمنع الذميّ عن الدخول في المسجد الحرام دون سائر المساجد، وقال مالك رحمه الله: يمنع الذميّ عن الدخول في المساجد كلها، وذكر في السير الكبير: أنهم يمنعون عن الدخول في المساجد، وذكر في الجامع الصغير: أنهم لا يمنعون[1]، وهكذا ذكر الكرخي رحمه الله في مختصره.

---

١ - المصنف رحمه الله قد ذكر أولاً: أن الذميّ يمنع عن الدخول في المسجد الحرام دون سائر المساجد، وذكر خلاف الإمام مالك رحمه الله، وقال: إنه يمنع الدخول للذمي في المساجد كلها، ثم المصنف حكى عن السير الكبير قول منعهم عن الدخول في المساجد كلها، وحكى عن الجامع الصغير عدم منعهم مطلقاً، فالقول المذكور في السير الكبير هو المنع عن الدخول في المساجد كلها، والمصنف رحمه الله ذكر فيما بعد وجه قول محمد المذكور في السير الكبير، والوجه المذكور يدل على تخصيص النهي بالمسجد الحرام، فلا يليق أن يكون هذا دليلاً لما في السير الكبير؛ لأنه عامّ في المساجد كلها، والدليل يدل على الاقتصار على المسجد الحرام، أما قول المصنِّف: وجه قوله الأول، فهذا يدل على تعميم الجواز، والقول الأول المذكور في متن الكتاب هو جواز الدخول في سائر المساجد سوى المسجد الحرام، وهذا الوجه المذكور يدل على جواز دخوله في المسجد الحرام أيضاً، فلذلك أجاب عن الآية بالوجهين وقال: إنه ليس المراد من حيث الدخول فيه، وإنما المراد هو الاستيلاء والتدبير والقيام بعمارة المسجد، والثاني: ما حكي عن الشيخ الإمام أبي إسحاق الكاتب أن المراد بالمسجد الحرام، الحرَم.

ويعرف من دراسة كتب الفقه: أن هذا هو القول أي مطلق الجواز الظاهر عند الحنفية رحمهم الله، فقال في الهندية: لا بأس بدخول أهل الذمة المسجد الحرام وسائر المساجد، وهو الصحيح، كذا في محيط السرخسي (الهندية ٣٤٦/٥).=

=وقال في الدر المختار: وجاز دخول الذمي مسجداً مطلقاً، وكرهه مالك مطلقاً، وكرهه محمّد، والشافعي وأحمد في المسجد الحرام (كتاب الحظر والإباحة ٥٥٥/٩).

وقال الحصكفي في الدر المنتقى: وأما دخوله المسجد الحرام: قد ذكر في السير الكبير المنع، وفي الجامع الصغير عدمه، والسير الكبير آخر تصنيف محمد كذا حررته فيما كتبته على التنوير (كتاب السير ٤٧٩/٢ ط دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٩هـ).

وقال ابن عابدين الشامي: أقول: غايته أن يكون ما في السير الكبير هو قول محمد الذي استقر عليه رأيه، ولذا ذكره الشارح آنفاً مع الشافعي وأحمد وما ذكره أصحاب المتون ههنا مبني على قول الإمام؛ لأن شأن المتون ذلك غالباً (تأمل هذا) (كتاب الحظر والإباحة، باب الاستبراء، وغيره ٥٥٦/٩).

فعرف من هذا كله أن في المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: منع الذمي عن الدخول في المساجد كلها.

والثاني: الجواز مطلقاً في المسجد الحرام وغيره

والثالث: المنع في المسجد الحرام، والجواز في سائر المساجد.

فقال مالك رحمه الله: بالمنع مطلقاً وهذا هو قول محمد في السير الكبير الذي استقر عليه في آخر الأمر، واختار أبو حنيفة رحمه الله الجواز مطلقاً، واختار الشافعي رحمه القول الثالث.

قال الجصاص في أحكام القرآن:

قد تنازع معناه أهل العلم، فقال مالك والشافعي رحمهما الله: لا يدخل المشرك المسجد الحرام، قال مالك: ولا غيره من المساجد إلا لحاجة...وقال الشافعي رحمه الله: يدخل كل مسجد إلا المسجد الحرام خاصة، وقال أصحابنا: يجوز للذميّ دخول سائر المساجد، وإنما معنى الآية على أحد وجهين: إما أن يكون النهي خاصاً بالمشركين الذين كانوا ممنوعين من دخول مكة وسائر المساجد؛ لأنهم لم تكن لهم ذمة...أو أن يكون المراد منعهم من دخول مكة للحج.=

(١٣٦٣) قيل: ما ذكر في السير الكبير قول محمد رحمه الله آخراً؛ لأن السير الكبير آخر تصنيف صنّفه محمد رحمه الله في الفقه،

وجه قوله الذي ذكر في السير الكبير: قوله تعالى: ﴿فَلاَ يَقْرَبُواْ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾[1]، أي بعد عام الفتح، قد خصّ المسجد الحرام بالنهي، فيدل على حرمة الدخول وعلى اقتصار[2] الحرمة على المسجد الحرام.

وجه قوله الأول: ما أشار إليه قولهم: "يا رسول الله! هم أنجاس" فقال عليه السلام: "ليس على الأرض من نجاستهم شيء" فلا يمنعون عن الدخول فيه، كما لا يمنعون عن الدخول في سائر المساجد، وأمّا الجواب عن الآية من وجهين: أحدهما: ما حكي عن الشيخ الإمام الفقيه أبي

=وقد روى حماد بن سلمة عن حميد عن الحسن عن عثمان بن أبي العاص أن وفد ثقيف لما قدم على رسول الله ﷺ ضرب لهم قبةً في المسجد فقالوا: يا رسول الله! "قوم أنجاس" فقال رسول الله ﷺ: "إنه ليس على الأرض من أنجاس الناس شيء، إنما أنجاس الناس على أنفسهم" وروى يونس عن الزهري عن سعيد بن المسيب: أن أبا بسفيان رضي الله عنه كان يدخل مسجد النبي ﷺ وهوكافر، غير أن ذلك لا يحل في المسجد الحرام لقول الله: ﴿فَلاَ يَقْرَبُواْ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ﴾، قال أبوبكر... وفي ذلك دلالة على أن نجاسة الكفر لا يمنع الكافر من دخول المسجد (كتاب أحكام القرآن للجصاص الرازي ٨٨/٣، ط دار الكتاب العربي)، فتأمل فيما ذكره المصنف في توجيه القولين.

١ - [التوبة: ٢٨]

٢ - وفي نسخة "أ" و "ب" (اختصار).

جعفر الهندواني رحمه الله: أنه كان يقول: ليس المراد من حيث الدخول فيه، وإنما المراد هو الاستيلاء والتدبير، والقيام بعمارة المسجد" ورؤساء قريش كانوا يلون ذلك قبل الفتح، وبعد الفتح منعوا عن ذلك، فيمكن أن يقال: إن كان المراد هو الدخول، ولكن على وجه اعتادوا في الجاهلية لعبادة غير الله تعالى، والطواف بالبيت لا على الوجه المشروع، فإنهم كانوا يطوفون بالبيت عراةً . والثاني: ما حكي عن الشيخ الإمام الفقيه أبي إسحاق الكاتب رحمه الله: "أن المراد من المسجد الحرام الحرم"، لأن الحرام يذكر ويراد به الحرم قال الله تعالى: ﴿هُمُ الَّذِيْنَ كَفَرُوْا وَصَدُّوْكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [1] والمراد هو الحرم فيكون تأويل الآية أنهم لا يمكّنون من توطينهم في الحرم بعد عام الفتح، كما كانوا يتوطّنون قبل الفتح، قال صاحب التأويلات: المراد من الآية النهي عن دخول مكة لا عن دخول المسجد، وفي آخر الآية ما يدل عليه، فإنه قال: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً﴾ [2]، ولو كان النهي عن الدخول في المسجد لا عن الدخول في مكة لا يخافون العيلة؛ لأنهم كانوا يدخلون بمكة ويتجرون فيها، وروي أنه لما نزلت هذه الآية، قال المسلمون: الآن تنقطع المتاجر، ويضيق العيش فأنزل الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً﴾ [3].

---

١ - [الفتح: ٢٥]

٢ - [التوبة: ٢٨]

٣ - [التوبة: ٢٨]

ثم فرقوا بين الكافر وبين المسلم الجنب، فلم يجوّزا للمسلم الجنب الدخول في المسجد، وجوزوا للكافر، والفرق وهو أن المسلم يدين وجوب الاغتسال، ويعتقد كون الجنابة مانعةً عن الدخول في المسجد، فعاملنا معه على حسب اعتقاده، وبيّنا الحكم في حقه على ما يدين، والكافر لا يدين وجوب الاغتسال، وإن كان يدين ولكن لايعتقد الجنابة مانعة، فعاملنا معه على حسب اعتقاده.

(١٣٦٤) وهذا نظير ما ذكره محمد رحمه الله في المبسوط: أن الكفر لا يمنع قبول الشهادة إذا كان عدلاً في تعاطيه، وفسق المسلم يمنع قبول الشهادة؛ لأن المسلم يدين الفسق معصيةً، كما يدين شهادة الزور معصيةً، والكافر لا يدين الكفر معصيةً، ويدين كون شهادة الزور معصيةً، فإن شهادة الزور معصيةٌ في الأديان كلها، فلا يستدل بارتكابه الكفر ارتكابه شهادة الزور.

(١٣٦٥) ثم إن محمداً رحمه الله سوّى في الكتاب بين الحربي والذمي دخولهم في سائر المساجد؛ لأن الكل في حق أن لا يدينوا وجوب الاغتسال، ولا يدروا كيفية الاغتسال على السواء.

[بيان ما يجمع بين خراج الرؤوس والأراضي]

(١٣٦٦) وأما بيان ما يجمع بين خراج الرؤوس والأراضي، قال محمد رحمه الله في الزيادات: إذا أراد أن يصالح أهل دار من ديار الحرب كل سنة على دراهم معدودة، أو على كيل من الطعام معلوم، أو على

عدد من الثياب معلومة عن أراضيهم وجماجمهم، فهو جائز، وله الخيار إن شاء جمع بين الرقاب والأراضي، وإن شاء أفرد كل واحد منهما، فإن جمع قسم ذلك المال على الأراضي على قدر حال الجماجم وعددهم وعلى قدر الأراضي بالعدل والإنصاف.

فما أصاب الجماجم فهو جزية، حتى يقسم على الرجال أو المقاتلين على الترتيب الذي ذكرنا، وما أصاب الأراضي يكون خراجاً يقسم على عدد الأراضي على قدر الريع والغلّة على الترتيب الذي ذكرنا.

فإن قَلَّت الجماجم بأن مات بعضهم، أو أسلموا يدخل حصتهم في خراج الأراضي إن احتملت، وكذلك لو هلكت الجماجم كلها دخلت حصة الجماجم كلها في خراج الأراضي إن احتملت، إلا إذا كانت لا تحتمل ذلك، فحينئذٍ يوظف عليها بقدر ما احتملت، فإن كثرت الجماجم بعد ذلك ردّ عليهم حصتهم، وإن هلكت الأراضي بأن نزّت أو غرقت، وبقيت الجماجم لا يحوّل وظيفة الأراضي إلى الجماجم، ولو لم يهلك الأراضي ولكن قلّ ريعها نقصت حصة الأراضي، ونقلت إلى الجماجم إن احتملت.

فإن عاد ريع الأراضي على الكمال أعيد عليها ما نقص عنها، هذا إذا جمع بين الرقاب والأراضي في الصلح.

أما إذا أفرد وجعل للجماجم حصة معلومة من المال، وللأراضي حصة معلومة من المال لم يدخل إحدى الوظيفتين في الأخرى، حتى إذا قلّت الجماجم سقط حصة من مات.

وكذلك إذا هلكت الجماجم جملةً سقط حصة الجماجم جملةً، ولا يصرف إلى الأراضي شيء من حصة الجماجم، وكذلك إذا كثرت الجماجم وقلّ ريع الأراضي، أو بقي على حاله لم يصرف إلى الجماجم شيء من حصة الأراضي، ولو صالحهم الإمام في الابتداء على مال معلوم على أن يأخذ ذلك من الأراضي دون الجماجم، أومن الجماجم دون الأراضي، كان ذلك باطلاً، ولكن بهذا لا يبطل الذمة[1].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٥٤-٤٥٦، الفصل التاسع في الجمع بين خراج الرؤوس والأراضي.

بيان المصارف

(١٣٦٧) وأما بيان مصرف هذه الأموال:

قال: مصرف الخراج والجزية، وصدقات بني تغلب، وما يـأخذ العاشر من أهل الذمة وأهل الحرب، نوائب المسلمين وما فيه صـلاح الدين وصلاح دار الإسلام[١].

(١٣٦٨) وحكم هذا المال في المصرف يخالف مال بيت مـال الصدقات وعشور الأراضي، وقد ذكرنا مصارف تلك الأموال.

(١٣٦٩) وإنما كانت هذه الأموال مصروفةً إلى نوائب المسلمين بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، فإن عمر رضي الله عنه لما وظّف الخراج على سواد العراق اُستخير عن المصارف بعده فقال: يصرف إلى من يجيء بعدهم من المسلمين[٢]، فقد أخبر أن لجميع المسلمين فيه حقاً، وقد تابعه على ذلك المهاجرون والأنصار فحل ذلك محل الإجماع.

ولأن للخراج حكم الغنيمة؛ لأنه لا يوظّف إلا على أرض فتحت عنوةً وقهراً وصارت غنيمةً للمسلمين فيكون الخراج قائم مقام الغنيمة،

---

١ - الفتاوى الهندية ١/١٩٠-١٩١.

٢ - أخرج ما معناه البخاري: ٤٢٣٥ و ٤٢٣٦؛ وأبو داود في سننه: ٣٠٢٠.

ولجميع المسلمين حظ فيما قسم من حقيقة الغنيمة، فكذلك الخراج الذي قام مقام حقيقة الغنيمة، فيجب أن يكون الحق فيها لجماعة المسلمين ولا يمكن صرفها إلى كل فرد من أفراد المسلمين فيصرف إلى من فرّغ نفسه لشغل عامة المسلمين، ويكون نائباً عنهم في إقامة مصالحهم كالمقاتلة، والقضاة، والمفتين، والمدرّسين، والمؤذنين، والمعلمين، والمحتسبة وإلى سدّ ثغور المسلمين، وبناء الحصون في الثغور وإلى مراصد الطرق في دار الإسلام، ليقع الأمن عن قطع الطريق من جهة اللصوص، وإلى كري الأنهار العظام الذي فيه صلاح المسلمين وإلى عمارة المساجد، والقناطير، وإلى معالجة المرضى إذا كانوا فقراء وإلى تكفين الموتى الذين لا مال لهم، وإلى نفقة اللقيط، وعقل جناية [1].

(**١٣٧٠**) والغني والفقير سواء؛ لأن الغني لما فرّغ نفسه لمصالح عامة المسلمين يكون عاجزاً عن الكسب، فلا يكفيه ما في يده فيعطى لهم النفقة من مال بيت المال حتى لا يفتقر، وقد ذكرنا بعض هذه المسائل في بيان ما يرتزق القاضي من بيت مال المسلمين [2].

---

١ - الفتاوى الهندية ١/١٩١ ،فصل ما يوضع في بيت المال أربعة أنواع؛ ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١/٦٧٨.

٢ - الفتاوى الهندية ١/١٩١؛ والفتاوى التاتارخانية ٢/٣٤٤.

النوع الرابع

في بيان بيت مال الخمس يعني خمس الغنائم والمعادن والركاز وبيان مصارف هذه الأموال

[تعريف الغنيمة والكنز والمعدن والرّكاز]

(١٣٧١) قال: الغنيمة اسم لمال أصيب من جهة الكفرة بالقهر والغلبة لإعزاز الدين وإعلاء كلمة التوحيد[١]، والكنز اسم لمال مدفون في الأرض دفنه بنو آدم، والمعدن اسم لمال خلقه الله تعالى في الأرض يوم خلقها، والركاز ويراد به المعدن ويراد به الكنز مجازاً[٢]، فإن رسول الله عليه السلام سئل عن الركاز فقال: "الذهب والفضة خلقهما الله تعالى في الأرض يوم خلقت[٣]" والمخلوق من الذهب والفضة ما يستخرج من المعادن، ومحمد رحمه الله ذكر الركاز وأراد به الكنز فإنه ذكر في المبسوط: رجل وجد ركازاً إن كان على ضرب القديم أي على ضرب أهل الجاهلية ففيه الخمس، وإن كان على ضرب أهل الإسلام يعرّف كاللقطة، فعلم أن الركاز اسم للمعدن حقيقةً، وللكنز مجازاً[٤].

---

١ - الفتاوى الهندية ٢/٢٠٤.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٣٣٩.

٣ - أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (رقم ٢٣٧٩)، وقال: وروي عن أبي يوسف رحمه الله عن عبد الله بن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه عن جده عن أبي هريرة رضي الله عنه، السنن الكبرى ٤/٢٥٧ (رقم ٧٦٤٠) ورواه الشافعي في الأم ٢/٤٣، انظر للتفصيل: نصب الراية للزيلعي ٢/٣٩٣؛ وتلخيص الحبير ٢/١٨٢.

٤ - الفتاوى الهندية ١/١٨٥.

[ما يجب في المعدن]

(١٣٧٢) قال: رجل وجد معدن ذهب أو فضة في أرض العشر أو في أرض الخراج يجب فيه الخمس عندنا قياساً على ما لو وجد كنزاً جاهلياً؛ لأن هذا مال مغنوم وما يستخرج من المعادن من الذهب والفضة مغنوم، لأن السهل والجبل والعامر والغامر كان تحت أيدي الكفرة، ثم صارت في أيدينا بالقهر والغلبة، فيكون غنيمةً، لما ذكرنا أن الغنيمة اسم لمال ملك من جهة الكفرة بالقهر والغلبة إلا أن الإمام لا يأخذ منه الخمس لعجزه عن الأخذ لخفائه، فإذا ظهر زال العجز فوجب الخمس كما في الكنز.

ولئن قال: ما في المعدن ليس بمغنوم؛ لأنه مال مباح في الأصل، فلا يصير مملوكاً إلا بالأخذ والإحراز كالصيد والحشيش، ولم يوجد الإحراز والأخذ لما في المعدن، من الكفرة، فلا يصير ملكاً لهم فيبقى على الإباحة ولا خمس في المباح، لأنا نقول: وجد الإحراز منهم؛ لأن الأرض كانت في أيديهم، فكذا ما فيها؛ لأن عرق الذهب والفضة بمنزلة سائر أجزاء الأرض من حيث أنه مركّب فيه خلقةً، وإن لم يكن من جنسه، فيصير في أيديهم تبعاً للأرض، ألا ترى! أن من اشترى أرضاً فوجد فيها معدناً يكون ملكاً له تبعاً للأرض، هذا إذا وجد معدن ذهب أو فضة.

(١٣٧٣) أما إذا وجد حديداً، أو نحاساً، أو شيئاً مما ينطبع بالنار، ويصير على المطرقة، يؤخذ منه الخمس عندنا، ويكون أربعة

أخماسه للواجد سواء كان الواجد مسلماً، أو ذمياً، أو عبداً، أو مكاتباً، أو صبياً؛ لأنه مال مباح، والمال المباح يملك بالإصابة[1].

فإن قيل: هذا مال مغنوم في حق الخمس، فيجب أن يكون مغنوماً في حق الغانمين، فلا يكون للواجد فيكون لقطة، قلنا: هذا المال كان مباحاً قبل أخذ الغانمين، والمال المباح يملك بإثبات اليد، ويد الغانمين ثابتة على هذا المال حكماً لثبوتها على الأرض، أما غير ثابتة حقيقةً فاليد الثابتة على ظاهر الأرض إن أوجب زوال الإباحة، والملك للغانمين، فعدم ثبوت اليد حقيقة يوجب بقاء الإباحة، ويمنع ثبوت الملك فلا يثبت الملك للغانمين بالاحتمال؛ لأن الملك حق العبد، وحق العبد إذا دار بين الثبوت وعدم الثبوت لا يثبت بالاحتمال، فإن المفقود لا يورث لما فيه من الاحتمال.

فأما الخمس حق الله تعالى، ومتى يثبت المعارضة في حق الله تعالى بين الثبوت والسقوط، يترجّح جانب الثبوت، فلهذا اعتبر مغنوماً في حق الخمس، غير معتبر في حق الغانمين فبقي مباحاً كما كان.

(١٣٧٤) وقال الشافعي رحمه الله: لا شيء فيما يستخرج من المعادن إلا في الذهب والفضة على أصح القولين[2].

ثم ماذا يجب عنده في الذهب والفضة المستخرجين من المعدن، فيه ثلاثة أقوال: في قول: كما قال أصحابنا رحمهم الله، وفي قول: ربع

---

١ - الفتاوى الهندية ١/١٨٤؛ والفتاوى التاتارخانية ٢/٣٣٩-٣٤٠.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٣٤٠.

العشر، وفي قول: إن وجد بدرة مجتمعة من غير تعب ومؤنة ففيه الخمس: وبه قال مالك رحمه الله، وإن وجد مختلطاً بالرمل والحجر يحتاج تمييزه إلى معالجة، ففيه ربع العشر؛ لأن المؤنة إذا كثرت قلّ الواجب فإذا قلّت المؤنة كثر الواجب كالزرع المسقيّ بماء السماء والمسقي بالنضح.

فعلى القول الذي يجب فيه ربع العشر يشترط كمال النصاب ففي اشتراط الحول للوجوب قولان، وأصحهما: لا يشترط الحول كما في الثمار والزروع؛ لأن اشتراط الحول للتنمية، وهذا نماء كله.

وعلى القول الذي قال: يجب فيه الخمس لا يشترط الحول، وفي اشتراط النصاب قولان، وليس من الشرط أن يكون المستخرج في نفسه نصاباً بل لو استخرج قدراً، وله مال لو ضمّ إليه يبلغ نصاباً يجب عليه إخراج ربع العشر المستخرج.

وعلى القول الذي شرط النصاب دون الحول فأصاب في دفعات هل يضم البعض إلى البعض في تكميل النصاب؟ ينظر، إن كان العمل متتابعاً غير منقطع، ضم البعض إلى البعض، ولا يشترط بقاء ما استخرج في ملكه، وإن انقطع العمل أو فقد المعدن، ينظر إن كان الانقطاع يسيراً يوماً أو يومين، ثم وجد ضم الثاني إلى الأول، وإن طال الزمان ففيه قولان، قال في الجديد: يضم وهو الأصح، لأن نيل المعدن لا يدوم.

وقال في القديم وبه قال مالك رحمه الله: لا يضم كما لو قطع العمل والمعدن غير فاقد ثم عاد، نظر إن انقطع بغير عذر لا يضم الثاني إلى

الأول طال الزمان أو قصر، وإن انقطع بعذر ضم ما يجد بعد زوال العذر إلى ما قبله طال الانقطاع أو قصر[1].

(١٣٧٥) ولا فرق بين أن يكون المعدن في أرض مباحة أو في أرض مملوكة له عنده في وجوب الحق فيما يستخرج منه.

(١٣٧٦) وعند أصحابنا رحمهم الله: إن وجده في أرض مباحة يجب فيه الخمس سواء كان معدن ذهب، أو فضة، أو رصاص، أو صفر، أو حديد، ويكون أربعة أخماسها للواجد[2]، فإن وجده في داره أو أرضه، يكون الكل سالماً لصاحب الدار ولصاحب الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: فيهما الخمس، وأبو حنيفة رحمه الله سوّى بين الموجود في الأرض وفي الدار على رواية كتاب الزكاة، وفرّق بين الأرض والدار على رواية الجامع الصغير، والصرف[3] قد أوجب الخمس في الأرض ولم يوجب في الدار.

وعن أبي حنيفة رحمه الله فيما يجده في أرضه روايتان، وفيما يجد في داره رواية واحدة، فعلى الرواية التي فرّق قال: عرق الذهب والفضّة ملحق بسائر أجزاء الأرض؛ لأنه متصل بالأرض خلقةً بدليل أن المشتري يملكه بالشراء كسائر أجزاء الأرض، وقد خلا سائر أجزاء الأرض عن

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٣٣٩/٢.

٢ - انظر للتفصيل مع اختلاف أقوال الأئمة: بدائع الصنائع للكاساني ١٠٠/٢؛ ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٣١٤/١.

٣ - هكذا في النسخ الثلاث ، فتأمل.

حق الله تعالى، فكذا ما فيه عرق الذهب والفضة، بخلاف الكنز؛ لأنه غير متصل بالأرض اتصال خلقة، وأما وجه الرواية التي سوّى وهو أن سائر أجزاء الأرض مسلّم له بالعشر والخراج، ولم يجب فيه حق آخر فكذا عرق الذهب والفضة[1].

(١٣٧٧) قال: إذا عمل في إخراج المعدن يوماً، ثم جاء آخر من الغد، وعمل فيه فوجد النيل، كان النيل للثاني، لا للأول، كالصيد للآخر لا للمثير[2].

[حكم الركاز وما يجب فيه]

(١٣٧٨) قال: وجد ركازاً في أرض غير مملوكة نحو المفازة والجبال، فإن كان فيه علامات الإسلام كالمصحف والدراهم المكتوبة فيها كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة، وحكم اللقطة يعرف بعد هذا إن شاء الله تعالى، وإن كان فيه علامات الشرك نحو الصنم والصليب وما أشبههما ففيه الخمس، وأربعة أخماسه للواجد، فيستوي أن يكون الواجد صغيراً أو كبيراً، حراً أو عبداً، مسلماً أو ذمياً؛ لأن استحقاق هذا المال بمنزلة استحقاق الغنيمة ولجميع من سمّينا حق في الغنيمة فيكون لهم حق في المال إلا أنه يرضخ للعبد والذمي والصبي تحرّزاً عن المساواة بين التبع والمتبوع عند المزاحمة، وههنا لا مزاحم للواجد في الاستحقاق حتى يعتبر التفاضل ولهذا كان الباقي له[3].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٣٤٠.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٣٤١.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٣٤٠ والفتاوى الهندية ١/١٨٥.

(**١٣٧٩**) فإن كان الواجد حربياً مستأمناً لا يعطى له شيء إلا أن يكون الحربيّ مأذوناً من جهة الإمام[١].

(**١٣٨٠**) وإن وجد في دار مملوكة له إن كان من ضرب أهل الإسلام فحكمه حكم اللقطة، وإن كان على ضرب الجاهلية، قال أبو يوسف رحمه الله: يكون أربعة أخماسه للواجد سواء كان مستعيراً أو مستأجراً، أو مشترياً حتى اللص، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يكون للواجد وإنما يكون للمختطة له الدار، خطّه الإمام حين فتح أهل الإسلام تلك البلدة ولورثته وورثة ورثته، وإن لم يكن حينئذٍ يكون لقطة، ولا شيء للواجد[٢].

احتجّ أبو يوسف رحمه الله، وقال: هذا مال مباح سبقت إليه يد الواجد، فيملكه قياساً على ما لو وجده في المفازة؛ لأن يد الغانمين تثبت على ما في بطن الأرض من حيث الحكم، ولم يثبت من حيث الحقيقة والمباح إنما يملك بالأخذ وإثبات اليد، فإذا ثبت من وجهٍ ولم يثبت من وجهٍ لم يزل الإباحة، وهذا المعنى موجود فيما دخل تحت القسمة؛ لأن يد المختطة له بعد القسمة ثابتة على ما في بطن الأرض حكماً لا حقيقةً، فلا يجعل ملكاً للمختط له بعد القسمة باليد الحكمية، كما لم يجعل في الصحارى ملكاً للغانمين، بخلاف المعدن؛ لأن المعدن بمنزلة سائر أجزاء الأرض، لأنه مركب فيه بأصل الخلقة.

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٣٤٠ والفتاوى الهندية ١/١٨٥.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٣٤٠.

أما الكنز غير مركب في الأرض؛ لأنه مال موضوع في الأرض.

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا: هذا مال مباح سبقت إليه يد المختط له على الخصوص؛ لأن اليد على ما في باطن الأرض قد تثبت حكماً لثبوتها على الظاهر وقد تثبت على الظاهر يد المختط له على الخلوص والخصوص[1] فثبتت على الباطن كذلك حكماً، واليد الحكمية على الخلوص والخصوص، تكفي للملك المباح كما في المعدن بخلاف ما قبل القسمة؛ لأن قبل القسمة كانت اليد الحكمية ثابتةً على العموم والشركة، واليد الحكمية على المباح لا تفيد الملك في المباح كما في المعدن.

(١٣٨١) قال محمد رحمه الله: مسلم دخل دار الحرب بأمان فأصاب ركازاً من ذهب أو فضة أو جوهر في دار إنسان منهم، فإنه يردّه عليهم؛ لأنه بالأمان ضمن أن لا يخونهم لا على سبيل المجاهرة، ولا على سبيل الخفية والاستسرار، فإن أصابه في الصحراء أو في موضع ليس بملك لأحد من أهل الحرب فهو كله له؛ لأن هذا المال ليس بملك لأحد، وصار بمنزلة الصيد الذي اصطاده المسلم المستأمن في دار الحرب، ولا خمس فيه إذا أخرجه إلى دار الإسلام؛ لأنه لم يصبه على وجه إعزاز الدين وإعلاء كلمة التوحيد، ولا بإيجاف الخيل والركاب فصار بمنزلة المتلصص، والمال الذي أخرجه المتلصص لا خمس فيه فكذا ههنا، ولا عشر فيه إن مرّ به

---

١ - وفي نسخة "ب" (على الخصوص والخلوص).

على عاشر المسلمين؛ لأن هذا مال أصابه في أرض الحرب ولم يوجد من الإمام رعاية ولا حماية في أرض الحرب[1].

وهكذا الجواب إذا أصاب المستأمن من معدن ذهب أو فضة أو حديد في أرض الحرب فهو له؛ لأن هذا ليس بملك لأحد فصار كالركاز الذي وجده في الصحراء[2].

(١٣٨٢) فإن وجد المعدن في ملك إنسان منهم يردّه على صاحبه[3].

(١٣٨٣) والذي أسلم من أهل الحرب والأسير من المسلمين في ذلك سواء إلا في خصلة واحدة، ما أصاب الأسير والرجل المسلم من أهل الحرب في دار رجل منهم فهو له أيضاً، ولا خمس فيه ولا عشر؛ لأنه لا أمان لهم، ولو قدر على قتلهم وأخذ أموالهم فَعَلَ ذلك وكذلك ما أصاب من لقطة فهي لهما ولا عشر فيها، ولا خمس إذا أخرجها إلى دار الإسلام؛ لأن الظاهر أن هذا مال أهل الحرب، وأما المستأمن فما وجد من لقطة في دار الحرب، فينبغي له أن يعرّفها كما في دار الإسلام.

(١٣٨٤) قال: وإذا دخل الحربيّ دار الإسلام بأمان، فأصاب ركازاً أو شيئاً من المعدن، فإن إمام المسلمين يأخذه منه كله؛ لأن ما

---

١ – الفتاوى الهندية معزياً إلى شرح الطحاوي ١٨٥/١.

٢ – الفتاوى التاتارخانية ٣٤١/٢.

٣ – مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٣١٦/١، ط: دار الكتب العلمية، تحقيق وتخريج خليل عمران المنصور.

يوجد في دارنا مال مغنوم من وجه، ولهذا وجب الخمس فيه، ولا حظّ للحربيّ في حقيقة الغنيمة بوجه ما، قاتل بإذن الإمام أو بغير إذنه، فكذا فيما له شبه بالغنيمة بخلاف الذمي؛ لأن الذميّ له حظّ في حقيقة الغنيمة، ولهذا يرضخ له بشيء من الغنيمة.

فإن قيل: إنما يكون له حظ في حقيقة الغنيمة، فكذا فيما له حكم الغنيمة يجب أن لا يستحقه الذميّ إلا بإذن الإمام كالحربيّ، قلنا: في حقيقة الغنيمة إنما شرط إذن الإمام؛ لإن سبب استحقاق حقيقة الغنيمة مجاوزة الدرب بقصد نصرة الإسلام، ومجاوزة الدرب من أهل الذمة متردّد بين أن يكون لنصرتنا ونصرة أهل الحرب؛ لأنهم من أهل الحرب ديناً وإن كان منا داراً، وإذا كان سبب الاستحقاق متردّداً احتيج إلى رأي الإمام، ليترجّح جانب النصرة لنا برأيه كما شرط رأي الولي في تصرفات الصبي؛ لما أن تصرّف الصبي كان متردّداً بين الضرر والنفع، ولا تردّد ههنا فيما هو سبب الاستحقاق وهو العمل في المعدن.

فإن قيل: الذميّ في حقيقة الغنيمة لا يساوي المسلم؛ لأنه يرضخ لهم فكذا فيما له حكم الغنيمة. قلنا: عدم الاستواء بينهما في حقيقة الغنيمة لانتفاء المساواة بينهما في الاستحقاق وهو القتال، وإذا لم يساو المسلم في سبب الاستحقاق لا يساويه في الاستحقاق كالمرأة المسلمة مع الرجل المسلم، والعبد المسلم مع الحرّ لنقصان تمكن في قتالهما. أما ههنا،

لا نقصان في السبب؛ لأن السبب هو الإصابة والعمل؛ والذمّي، والمسلم، والحرّ، والعبد، والمرأة، والرجل تساويا، لمساواتهما في السبب، فكذا هذا.

(١٣٨٥) هذا إذا عمل الحربيّ بغير إذن الإمام، أما إذا عمل بإذن الإمام فإنه يخمّس ويكون الباقي له؛ لأنه إذا عمل بإذن الإمام فما يستحق، يستحق بطريق الإجارة، لا بطريق الغنيمة، فكأن الإمام استأجره؛ ليعمل في المعدن؛ ليكون الخمس للإمام وأربعة أخماسه له أجرة على عمله، والحربيّ جاز أن يستحق بحكم الإجارة من حقيقة الغنيمة، فكذا جاز أن يستحق فيما له حكم الغنيمة[1].

(١٣٨٦) قال: ولو أن الحربيّ المستأمن استأذن الإمام في طلب الكنوز والمعادن، فأذن له الإمام على أن للمسلمين مما يصيبه النصفَ، وله النصف، فعمل على هذا، فأصاب ركازاً أو معدناً، فإن الإمام يأخذ "نصف ما أصاب" والحربيّ "نصفه"، ثم الإمام يأخذ "خمس جميع ما أصاب الحربي" من "هذا النصف الذي أخذه من الحربيّ" فيجعله للفقراء ويجعل الفضل للمقاتلة؛ لأن إذن الإمام صيّر ما أصابه الحربي غنيمةً يجب فيه الخمس، فقد أوجب إذنه حقاً في جميع المصاب بقدر الخمس، وليس للإمام أن يصرف ذلك عنهم إلى غيرهم أبداً، فيجعل خمس النصفين من هذا النصف للفقراء، ويجعل الباقي للمقاتلة.

(١٣٨٧) قال: ولو أن مسلماً، أو عبداً، أو مكاتباً، أو ذميّاً، أو صبيّاً طلب الكنوز أو المعادن بإذن الإمام، فأذن له في ذلك على أن له

---

١ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٣١٤/١؛ والفتاوى الهندية ١٨٤/١.

النصف وللمسلمين النصف، فأصاب كنزاً، أو أموالاً من المعادن، فإن الإمام يأخذ منه الخمس، وما بقي لمن أصابه؛ لأن المسلم ما يستحقّ من الركاز والمعادن يستحقّه بالإصابة، لا بالشرط، ألا ترى! أنه لو أصابه بغير إذن الإمام كان له ذلك، وإذا لم يكن الاستحقاق بالشرط لا يعتبر شرط الإسلام؛ لأنه شرط لا يقتضيه شرعاً، فإن القياس يقتضي أن يكون الكل للواجد، إلا أنّا أوجبنا الخمس بالشرع، ومازاد على ذلك لا شرع فيه، فهو باقٍ على أصل القياس بخلاف الحربيّ المستأمن؛ لأن استحقاقه بشرط شرطه الإمام، فلا يستحق أكثر من المشروط.

واستدل في السير الكبير بفصل، وهو أنه قال: لو أرسل الإمام جنداً من المسلمين إلى دار الحرب على أن لهم النصف مما أصابوا والنصف الآخر لجماعة المسلمين، فأصابوا غنائم، خمّس ما أصابوا والباقي كله لهم، فكان شرط الإمام باطلاً؛ لأن شرط الإمام شرط لا يقتضيه الشرع.

[ما يجب في جواهر البحر]

(١٣٨٨) قال: ولو أن الحربي المستأمن أصاب من بحر المسلمين لؤلؤاً كثيراً، أو عنبراً، أو أصاب معدن جوهر، أو فيروزج، فأصاب منه شيئاً كثيراً، وذلك بغير إذن الإمام فهو له، ولا خمس فيه، أمّا اللؤلؤ والعنبر فلأنه يستخرج من البحر، وما في البحر لا يكون غنيمةً، ألا ترى! أن المسلم لو أصاب ذلك، لا خمس فيه، وإذا لم يكن غنيمةً كان بمنزلة السمك والصيد، وهذا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنه لا

خمس في اللؤلؤ والعنبر عندهما، أما عند أبي يوسف رحمه الله: لو أصابه المسلمون يخمّس، فكان له حكم الغنيمة، فيؤخذ كله من الحربيّ وخمسه من المسلم، وأما الفيروزج جزء من الأرض إلا أنه لا ينطبع بالنار، فكان بمنزلة الحجر، ولا خمس في الحجر، وإذا لم يكن فيه خمس لا يكون غنيمة، ويكون كله للحربيّ المستأمن كالصيد الذي يصيبه في دار الإسلام[1].

احتج أبو يوسف رحمه الله بما روي عن عمر رضي الله عنه: أنه سئل عن العنبر واللؤلؤ يستخرج من البحر فقال: فيه الخمس[2]؛ ولأن الدنيا برّ وبحر، فيجب الخمس فيما يصاب من نفس البحر؛ لأن البحر وما فيها تحت تصرفهم، ثم صارت في أيدينا، فيكون ما فيه مغنوماً، ومن حكم الغنيمة وجوب الخمس فيها، بخلاف السمك؛ لأنه صيد البحر فلا يجب فيه الخمس؛ لأنه متولّد من الماء، ولا خمس فيما يصاب من الماء عزّ أو هان، فكذا في المتولّد من الماء، بخلاف العنبر واللؤلؤ؛ لأنه ليس بمتولّد من الماء، بل شيء مودع في البحر، كالذهب والفضة في الجبال.

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٣٤٣/٢؛ والفتاوى الهندية ١٨٥/١؛ والفتاوى الخانية ٢٧٧/١.

٢ - قال الزيلعي: قوله: روي أن عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من العنبر، قلت: غريب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وإنما هو عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه، رواه عبد الرزاق في مصنفه ٦٥/٤، رقم ٦٩٧٩، (نصب الراية ٣٩٧/٢).

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله احتجا بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنه سئل عن عنبر أوعنبرة يوجد على ساحل البحر قال: "لا خمس فيه، إنما هذا شيء دسره البحر" أي جمعه وأحكم جمعه[1]، قال الله تعالى: ﴿وَدُسُرٍ تَجْرِيْ بِأَعْيُنِنَا﴾[2]، أراد به إحكاماً فيه ضمّ، فعلى هذا، قال بعض مشايخنا رحمهم الله: إن العنبرة من زبد البحر، فإن الأمواج لما تلاطمت، هاج الزبد، ولا يزال يضرب الريح بعضها على بعض حتى يمكث ما صفا من الزبد، وينعقد عنبراً، ثم ينجمد، فيقذفه الماء إلى الساحل، ويذهب ما لا ينتفع به من الزبد جُفاءً وإليه أشار جلّ وعزّ:

---

١ - الصحيح للبخاري، كتاب الزكاة ، باب ما يستخرج من البحر /٢٩٢؛ وموسوعة عبد الله بن عباس /٣٧٢؛ وتلخيص الحبير ١٧٧/٢؛ وفي المجموع وشرح المهذب للنووي وحكى ابن المنذر وغيره عن الحسن البصري وعمر بن عبد العزيز والزهري وأبي يوسف وإسحاق بن راهوية أنهم قالوا: يجب الخمس في العنبر، قال الزهري:وكذلك اللؤلؤ... وصح عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: ليس في العنبر زكاة، إنما هو شيء دسره البحر (٦/٥-٦)، كتاب الزكاة، باب زكاة الذهب والفضة.

وأخرجه الشافعي في الأم عن ابن عباس قال: ليس في العنبر زكاة، إنما هو شيء دسره البحر، أي دفعه الموج وألقاه إلى الشاطئ، فلا زكاة فيه، وأخرجه البيهقي من طريق الشافعي ١٤٦/٤ (المجموع للنووي ٦/٦) طبع دار الفكر بيروت، لبنان ١٩٩٦م، تحقيق الدكتور محمد مطرجيّ.

٢ - الآية هكذا ﴿وَحَمَلْنَاهُ عَلَى ذَاتِ أَلْوَاحٍ وَدُسُرٍ تَجْرِيْ بِأَعْيُنِنَا جَزَاءً لِّمَنْ كَانَ كُفِرَ﴾ [سورة القمر:١٣-١٤]

﴿ فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الأَرْضِ﴾ [1]، فإن كان الأمر كما قالوا فلا خمس فيه؛ لأنه من الماء، وليس فيما يصاب من الماء في أيديهم خمس، عزّ أوهان، فكذا ههنا[2].

وبعضهم قالوا: العنبر حشيش في البحر يأكله السمك، هكذا روى ابن رستم عن محمد رحمهما الله في نوادره: فيمن اشترى سمكة فوجد في بطنها عنبرة، قال: هي "للمشتري"؛ لأنه حشيش، يأكله السمك، فإن كان كذلك فلا خمس فيه، كما في حشيش البر.

وقال بعضهم: هو روث دابّة من سكّان البحر، لها رائحة طيّبة كما يكون لبعض الظباء في البر، لها نافجة يفوح منها رائحة طيّبة، فإن كان الأمر كذلك فلا يجب فيه الخمس، كما لا يجب فيما يصاب من المسك، والمعنى ما أشار إليه محمد رحمه الله في المبسوط: أنه لا خمس فيها؛ لأنه بمنزلة السمك، والسمك بمنزلة الماء، وما كان بمعنى الماء، يكون ملحقاً به، ولا خمس في الماء، فكذا ما كان ملحقاً به، واللؤلؤ والعنبر بمعنى الماء؛ لأنه لا ينطبع بالنار فيكون ملحقاً بالماء[3].

---

١ - [الرعد: ١٧]

٢ - انظر للتفصيل: بدائع الصنائع للكاساني ١٠٢/٢.

٣ - وفي مجمع الأنهر: (وعنبر) عند الطرفين وعند محمد: إنه في البحر بمنزلة الحشيش في البرّ وقيل: صمغ شجر، وقيل: زبد البحر، وقيل: خثى البقر البحري، وقيل: روث غيره، وقيل: دابّة، قال ابن سينا: الكل بعيد، والحق أنه ما يخرج من عين في البحر ويطفو، ويرمى بالساحل كما في القهستاني، وكذا لا شيء فيما استخرج من البحر ولو ذهباً أو فضّةً؛ لأن قعر البحر لم يرد عليه=

(١٣٨٩) وإن استخرج الذهب، والفضة من البحر، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في المبسوط: أنه لا رواية لهذه المسألة عن أصحابنا رحمهم الله؛ ولكن لا شك أن على قول أبي يوسف رحمه الله: يجب فيهما الخمس؛ لأنه أوجب في العنبر واللؤلؤ، فلأن أوجب في الذهب والفضة كان أولى وأحرى، وعلى قولهما فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، قال بعضهم: لا يجب الخمس وقال بعضهم: يجب[1].

[حكم الزئبق والقير والنفط]

(١٣٩٠) وفي الزئبق إذا أصيب في المعدن يجب الخمس فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجب فيه شيءٌ وقال أبو يوسف رحمه الله في الأمالي: كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً: بأنه لا يجب فيه الخمس، ثم رجع وقال: يجب فيه الخمس[2].

(١٣٩١) والمدار في هذه المسألة على هذا الحرف، إن كان مما ينطبع بالنار يكون ملحقاً بالذهب، والفضة، والرصاص، والحديد وإن

=القهر، فلا يكون المأخوذ منه غنيمة، فلا يكون فيه الخمس (وعند أبي يوسف بالعكس) أي لا يخمّس زئبق ويخمّس لؤلؤ وعنبر عنده في الأصح (١/٣١٦-٣١٧).

١ - الدر المنتقى ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١/٣١٦؛ وبدائع الصنائع للكاساني ٢/١٠٢.

٢ - مجمع الأنهر ١/٣١٦؛ والفتاوى الهندية ١/١٨٥؛ وبدائع الصنائع ٢/١٠٢.

كان مما لا ينطبع بالنار يكون ملحقاً بالأرض، أو الماء، وبأيهما ألحق لا يجب فيه الخمس[1].

(١٣٩٢) وهكذا نقول في القير، والنفط[2].

(١٣٩٣) قال: رجل تقبّل مكان المعدن من السلطان، فاستأجر فيه أجراء يستخرجون منه أموالاً، تكون تلك الأموال للمستأجر؛ لأن عمل الأجير منقول إلى المستأجر؛ لأنه عمل بأمره فيكون عمله له، ولو عمل هو بنفسه كان يؤخذ منه الخمس، وأربعة أخماسه له، كذا هذا[3].

(١٣٩٤) قال: فإن جاء قوم بغير أمره لم يستأجرهم وعملوا في ذلك المكان وأصابوا مالاً، كان لهم؛ لأنه لم يوجد من المتقبل الإصابة لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الحكم؛ لأن ما في المعدن لا يصير ملكاً للمتقبّل؛ لأن يد المتقبّل يد الإمام، ويد الإمام يد جماعة المسلمين، وقد ذكرنا أن اليد الثابتة على سبيل العموم لا تكفي لملك المباح، وإذا لم يصر ملكاً للمتقبّل بقي على أصل الإباحة، فكان للواجد.

[ركاز دار العهد]

(١٣٩٥) قال: مسلم دخل داراً من دور أهل الحرب قد وادع المسلمون أهلها على أن يؤدّوا إلى المسلمين شيئاً معلوماً في كل سنة على

---

١ - الدر المنتقى في شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر ١/٣١٦-٣١٧.

٢ - الفتاوى الهندية ١/١٨٥.

٣ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١/٣١٤.

أن لا يجري المسلمون عليهم أحكامهم، فأصاب ركازاً، فإن وجده في الصحراء كان له كله، وإن وجده في ملك واحد منهم ردّه عليه؛ لأن هذه دار حرب.

(١٣٩٦) لأن الدار إنما تصير دار إسلام بإجراء أحكام المسلمين فيها، وحكم المسلمين غير جائز فيها بحكم تلك الموادعة، فكانت هذه دار حرب، وقد ذكرنا أن المسلم متى دخل دار الحرب بأمان يجب عليه ردّ ما وجد في ملك واحد منهم.

قال: وإن طلبوا أن يكونوا ذمة لهم يجري عليهم أحكامهم، ويأخذون منهم في السنة خراجاً معلوماً، ولم يكن المسلمون[١] ظهروا عليهم، قُبِلَ ذلك، فما أصيب فيها من ركاز أو معدن، فإنه يخمّس، والباقي للذي أصابه، كما إذا أصيب ذلك في دار الإسلام؛ لأن هذه دار إسلام؛ لأن أحكام المسلمين جرت فيها، فإن وجد في ملك إنسان منهم، فإنه يخمّس، والباقي لصاحب ملك ذلك الموضع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: الباقي للواجد كما لو وجده في دار الإسلام في ملك واحدٍ من المسلمين، وأبو يوسف رحمه الله يقول: إن هذا مال مباح، فيكون لمن سبقت يده إليه، وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان: إن صاحب[٢] الخطّة ملك[٣] ذلك الموضع

---

١ - هكذا في نسخة "ج" وفي نسخة " أ " (فلم يكن المسلمين).

٢ - وفي نسخة "ج" لفظ غير مقروء بين (صاحب) و (الخطة).

٣ - وفي نسخة "ج" (ملك) وفي نسخة " أ " (تلك) واخترنا ما في نسخة "ج".

بالإحراز فيملك ظاهر الأرض وباطنها، ألا ترى! أن من اصطاد سمكة في بطنها دُرّة يملكها لثبوت يده عليهما، فإن باع السمكة لا يملك المشترى الدُرّة[1].

[حكم الدُرّة]

(١٣٩٧) والصحيح أن الدرّة إن كانت في صدفٍ مَلَكَها، وإلا فهي لقطة.

وذكر في نوادر ابن رستم رحمه الله: اشترى سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة فهي للبائع، وإن كان في بطنها صدفة، فيها لؤلؤة فللمشتري، فكل شيء لا يكون غذاء للسمك فللبائع.

[الركاز في أرض الصلح]

(١٣٩٨) قال محمد رحمه الله: في "قبرس[2]" وهي جزيرة من جزائر البحر، أهلها يؤدّون إلى العرب شيئاً، وإلى الروم شيئاً في كل سنة، وهو صلح للروم وصلح للمسلمين إلا أن أحكام المسلمين لا تجري عليهم، فأصاب رجل من المسلمين فيها ركازاً أو معدناً، فإن أصابه من ملك إنسان ردّه عليه، وإن أصابه في صحراء فهو له ولا خمس فيه؛ لأن حكم المسلمين فيها غير ظاهر.

---

١ - انظر للتفصيل: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٩٩-١٠٠.

٢ - قبرس بضم القاف وسكون الباء الموحّدة وضمّ الراء وبعدها سين مهملة، جزيرة بالبحر الشامي، تقابل الاسكندرية ، استفتحها المسلمون على عهد عثمان رضي الله عنه.

[زرع المسلمين في دار الحرب]

(١٣٩٩) قال: ولو أن عسكراً من المسلمين لهم منعـــة وعـــزّ، دخلوا أرض الحرب، فأقاموا فيها حيناً حتى زرع ناس منـــهم زروعـــاً، فأدركت زروعهم، فحصدوها وأخرجوها إلى دار الإسلام، فإن كـــان البذر الذي بذروا من بذورهم أدخلوه من أرض الإسلام فذلك الـــزرع كله لهم؛ لأن هذا نماء ملكهم، ونماء الملك لمالكه ولا خمس فيه؛ لأنه ليس بغنيمة ولا عشر فيه ولا خراج؛ لأن العشر والخراج إنما يجب في أراضـــي المسلمين، وهذه أراضي أهل الحرب، وإن كان البذر الذي بذر في الأرض من حنطة، أصابها من أرض العدو، فأقام على ذلك حتى حصده وداســـه وأخرجه إلى دار الإسلام، فإنه يؤخذ منه مقدار البذر الذي كـــان مـــن طعامه هذا، فيجعل في الغنيمة، والباقي له، فلا يكون الكل غنيمـــة، وإن خرج من بذر الغنيمة؛ لأن هذا الرجل لا يكـــون أشـــقى حـــالاً مـــن الغاصب.

ومن غصب بذر إنسان، فبذره في أرض نفســـه، فخـــرج زرع كثير، فإنه يضمن مقدار البذر المغصوب للمغصـــوب منـــه، والبـــاقي للغاصب، فههنا أولى.

فإن قيل: قد استهلك صاحب الأرض طعام الغنيمـــة، ومـــن استهلك طعام الغنيمة في دار الحرب لا يؤخذ منه شيء، قلنـــا: بـــذر الطعام في الأرض ليس باستهلاك حقيقةً، ألا ترى! أن الأب والوصـــيّ يملكان بذر طعام الصبيّ في الأرض، ولو كان اســـتهلاكاً لا يملكـــان ذلك.

(١٤٠٠) فهذا قياس الخلنج[١]، إذا أصاب واحداً من الغانمين الخلنج، فجعله قصاعاً في دار الحرب، وأخرجه إلى دار الإسلام، فإنه يقوّم الخلنج معمولاً وغير معمول، فما كان من قيمته غير معمول يطرح في الغنيمة، والباقي يكون له.

(١٤٠١) فكذلك إذا أصاب جلد سمور[٢]، فدبغه، يقوّم مدبوغاً وغيرمدبوغ، فما كان من قيمته غير مدبوغ، يطرح في الغنيمة، والباقي له، فكذلك ههنا.

---

١ - الخلنج وجمعه خلانج: شجر فارسي معرب ، تتخذ من خشبه الأواني (لسان العرب ٤/٢٠٥).

٢ - السمور: وفي نسخة "ج" (السموم) والسمور حيوان ثدييّ ليليّ من الفصيلة السموريّة من آكلات اللحوم يتخذ من جلده فروٌ ثمين ويقطن شمالي آسية (مج) (المعجم الوسيط).

النوع الخامس

في بيان مال اللقطات والتركات

(١٤٠٢) أما بيان مال اللقطة والتركة التي لا وارث لها. اختلف العلماء رحمهم الله في أفضلية تركها على مكانها ورفعها، فالظاهر من مذهب أصحابنا رحمهم الله: أن الرفع أفضل؛ لأنه لو لم يرفع ربّما تصل إليها يد خائنة،وبعض المتقدمين من أئمة التابعين رحمهم الله قالوا: الترك أفضل؛ لأن صاحبها يطلبها في المكان الذي سقطت منه، فإذا تركها وصلت إليها يد المالك، ومن العلماء من قال: إن كان الرجل عدلاً يأمن على نفسه الخيانة، فالرفع أفضل، وإن كان لا يأمن، فالترك أفضل[1].

(١٤٠٣) ثم ما يجده إن كان بحال يعلم أن صاحبه لا يطلبه كالنواة المتفرقة، وقشور الرمان في مواضع متفرقة، له أن يأخذها وينتفع بها، إلا أن صاحبها إذا وجدها في يده بعد ما جمعها فله أن يأخذها، ولا يصير ملكاً للآخذ[2]، هكذا ذكر شيخ الإسلام والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي؛ لأن إلقاء هذه الأشياء في الطرق إذن بالأخذ وإباحة عادةً وليس بتمليك؛ لأن التمليك من المجهول لا يكون، والإباحة لا تزيل ملك المبيح.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح كتاب الذبائح: ليس للمالك أن يأخذها من يده بعد ما جمعها، وكذلك الجواب في التقاط السنابل، فإن كان

---

١ - انظر للتفصيل في هذا الباب: الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨٢.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨٣.

الرامي حالة الرمي قال: "فليأخذه من يشاء" لا يكون له أن يأخذه بعد ذلك من الآخذ بلا خلاف[1].

وتأويل هذا: إذا قال ذلك لأقوام معلومين، ذكره الشيخ الإمام الفقيه أبو الليث رحمه الله في فتاواه في كتاب الهبة والصدقة، أما إذا لم يقل ذلك، يكون للرامي أن يأخذه بعد ذلك. وإن لم يقل ذلك لأقوام معلومين[2].

قال: وإن كان شيئاً يعلم أن صاحبه يطلبه كالذهب والفضة وأشباههما، له أن يأخذها، ويحفظها ويعرّفها حتى يوصلها إلى صاحبها، وقشور الرمان والنواة إذا كانت مجتمعة فهي بهذه المثابة؛ لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها، إنما سقطت منه[3].

(١٤٠٤) واختلفوا في تعريف اللقطة، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: أدنى ما يكون من التعريف أن يُشهد عند الأخذ ويقول: آخذها لأردّها، فإن فعل ذلك ثم لم يعرّفها بعد ذلك كفاه، ومن المشايخ من قال: ينبغي أن يأتي على باب المسجد وينادي بذلك، ومن المشايخ من قال: يكفيه بالإشهاد أن يقول: "من سمعتموه ينشد لقطةً فدلّوه عليَّ[4]".

---

١ – الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨٣-٥٨٤.

٢ – الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨٣-٥٨٤.

٣ – الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨٥ والفتاوى الهندية ٢/٢٩٠.

٤ – الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨٩.

(١٤٠٥) قد ذكر محمد رحمه الله في الكتاب: يعرّفها حولاً و لم يفصل بين القليل والكثير، وعن أبي حنيفة رحمه الله: فيه روايتان، وروى الحسن عنه في المجرّد: إن كانت مائتي درهم وما فوقها يعرّفها حولاً، وإن كان أقل من ذلك إلى عشرة، يعرّفها شهراً، وإن كانت أقل من عشرة يعرّفها ثلاثة أيام، وروى محمد رحمه الله: إن كانت عشرةً وما فوقها يعرّفها حولاً، وإن كانت أقل من عشرة يعرّفها على حسب ما يرى، وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله: إن كانت مائتي درهم فصاعداً يعرّفها حولاً، وإن كانت عشرةً فصاعداً يعرّفها شهراً، وإن كانت ثلاثةً فصاعداً يعرّفها عشرةً، وإن كانت درهماً فصاعداً يعرّفها ثلاثة، وإن كانت دانقاً يعرّفها يوماً، وإن كانت دون ذلك ينظر يمنةً ويسرةً ويضعها في كفّ فقير[١].

والشيخ الإمام الفقيه أبو جعفر رحمه الله كان يقول: إذا بلغ مالاً عظيماً بأن كان كيس فيه ألف درهم أو مائة دينار، يعرّف ثلاثة أحوال، وكان القاضي الإمام سيف السنة أبو علي النسفي رحمه الله يحكي عن أستاذه الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله: أنه كان يروي عن محمد رحمه الله: يعرّف اللقطة ثلاث سنين قل أو كثر.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يقول: شيء من هذا ليس بتقدير لازم، بل الواجب عليه أن يبني الحكم على غالب الرأي، ويعرّف القليل والكثير إلى أن يغلب على رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد ذلك[٢].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨٩-٥٩٠.

٢ - انظر حول الموضوع: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٠٢.

(١٤٠٦) ثم على قول من قدّر مدة التعريف بحول أو أكثر اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يعرّفها كل جمعة، وبعضهم قالوا: كل شهر وبعضهم قالوا: كل ستة أشهر[١].

(١٤٠٧) وهذا كله إذا كانت اللقطة شيئاً يبقى، فإن كانت شيئاً لا يبقى، يعرّفها إلى أن ينتهي إلى وقت يخشى عليها الفساد، ثم بعد مضي مدة التعريف لو لم يظهر لها مالك يدفعها إلى الإمام، هكذا ذكر في النوادر، و لم يذكر في المبسوط: أن الملتقط يدفعها إلى الإمام، ثم إذا دفعها إلى الإمام كان الإمام بالخيار: إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل[٢].

(١٤٠٨) فالحاصل: أن الإمام نصب ناظراً للمسلمين فيفعل ما رآه أصلح في حق صاحب اللقطة، إن شاء عجّل صدقتها على الفقراء، وإن شاء أقرضها من رجل موثوق مليّ، وإن شاء دفعه مضاربةً وإن شاء ردّها على الملتقط، فالملتقط بالخيار أيضاً إن شاء أمسكها حتى يظهر لها طالب، وإن شاء يصدّقها على الفقراء، وإن شاء باعها وأمسك ثمنها إن لم يكن دراهم أو دنانير، فإن تصدّق وحضر صاحبها فله الخيار، إن شاء نفّذ الصدقة، وإن شاء لم يُجزِ الصدقة، وعند عدم الإجازة إن كانت قائمةً في يد الفقير أخذها منه، وإن كانت هالكةً إن شاء ضمّن الفقير، وإن شاء ضمّن الملتقط، فإن قيل:

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٠.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩١.

ينبغي أن لا يضمّن الملتقط؛ لأنه تصدّق بإذن الشرع قلنا: الإذن يسقط الإثم[1]، أما لا يسقط عصمة ملك المالك.

وحكي عن الشيخ القاضي الإمام أبي جعفر رحمه الله يقول: ما ذكر محمول على ما إذا تصدّق بغير أمر القاضي، أما إذا تصدّق بأمره فليس له أن يضمّن الملتقط، فإن كان الملتقط فقيراً يحلّ له أن ينفقها على نفسه بأمر القاضي، أما لا يحلّ بغير أمر القاضي عند عامة العلماء رحمهم الله، وقال بشر رحمه الله: يحلّ[2].

(١٤٠٩) وإن باع القاضي اللقطة، أو باع الملتقط بأمر القاضي، لم يكن لصاحبها إلا الثمن؛ لأن البيع نفذ بولاية شرعية، وإن باعها بغير أمر القاضي ثم حضر صاحبها وهي قائمة في يد المشتري كان له الخيار: إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء أخذ عين ماله؛ لأن هذا بيع صدر لا عن ولاية شرعيّة فيتوقّف، وإن هلكت في يد المشتري فالمالك بالخيار: إن شاء ضمّن البائع، وعند ذلك ينفذ البيع في ظاهر الرواية، وبه أخذ عامّة المشايخ رحمهم الله، وفي رواية يبطل البيع، وبه أخذ بعض المشايخ رحمهم الله[3].

(١٤١٠) وفي الوديعة: إذا باعها المودع وسلّمها إلى المشتري فهلكت في يد المشتري، ثم إن المالك ضمّن البائع، لم ينفذ البيع، باتفاق الروايات،

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩١-٥٩٢.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٣.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٣.

هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في المبسوط، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرحه: أن بيع المودع ينفذ من جهته كبيع الملتقط، وأشار إلى المعنى الجامع وقال: الملتقط حين رفعها ليبيعها بغير أمر القاضي صار ضامناً، فيستند ملكه إلى تلك الحالة فينفذ بيعه والمودع كذلك.

وإن شاء ضمّن المشتري، ورجع بالثمن على البائع، وحق استرداد القيمة من يده بمنزلة استرداد العين من يده[1].

(١٤١١) قال: إذا هلكت اللقطة في يد الملتقط إن أخذها ليردّها على المالك، وأشهد عند الأخذ، لا ضمان عليه؛ لأن الأخذ على هذا الوجه مندوب إليه، فلا يصلح سبباً للضمان، فإن أخذها ليردّها على المالك إلا أنه لم يشهد على ذلك؛ لكن صدّقه المالك أنه أخذها ليردّها عليّ لا ضمان عليه، وإن كذّبه المالك في ذلك فالقول قول الملتقط مع يمينه عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأن الظاهر شاهد له، وهو "مباشرة ما هو حلال" وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: القول قول صاحب اللقطة؛ لأن الأصل في عمل الحر أن يكون لنفسه ما لم يقم دليل يدل على العمل للغير، فإذا ترك الإشهاد علم أنه فعل لنفسه لا لغيره، فإن هلكت قبل أن يصل إليها صاحبها، أو استهلكها غيره فلا ضمان عليه؛ لأن الأخذ ليردّها على المالك لا يصلح سبباً للضمان[2].

(١٤١٢) قال: وجد لقطةً في طريق، أو مفازة، و لم يجد أحداً يشهده عليه عند الأخذ، يشهد إذا ظفر بمن شهد عليه، فإذا فعل ذلك لا يضمن، فإن

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٣-٥٩٤.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٤-٥٩٥.

وجد من يُشهده و لم يُشهد حتى جاوزه ضمن؛ لأنـــه تـــرك الإشـــهاد مـــع القدرة[1].

(١٤١٣) فإذا التقط لقطةً ليصرفها إلى نفســـه، ثم ردّها إلى مكانهـــا الذي وجدها فيه، فلا ضمان عليه، وإن هلكت قبل أن يصل إليها صاحبـــها، أو استهلكها غير الملتقط، قال الحاكم الشهيد رحمه الله في إشاراته: إن ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا أعادها إلى مكانها قبل أن يحولها عن ذلك المكان، أما إذا أعادها بعد ما حوّلها ضمن، وإليه ذهب الشيخ الإمام الفقيه أبو جعفـــر رحمه الله: وروي عن محمد رحمه الله: أنه إذا مشى خطوتين، ثم ردّها فوضعـــها في الموضع الذي أصابها فيه، بريء عن الضمان، وإن أخذها لنفسه ثم ردّها إلى المكان فهو ضامن؛ لأنه صار ضامناً بالأخذ فلا يبرأ إلا بالردّ علـــى المـــالك والإعادةُ إلى المكان ليس بردّ عليه؛ ألا ترى! أن من غصب من آخر دابّـــةً، ثم ردّها على مالكها، فلم يجده وربطها على آريّها[2] يضمن[3].

وفي المنتقى: عن أبي يوسف: أنه إذا ردّها إلى مكانها من غير أن ذهـــب بها، فلا ضمان عليه من غير فصل، وإذا ذهب بها ثم ردّها ضمن علـــى كـــل حال.

وقيل: إذا اعتقد مع الإشهاد أنه يأخذ لنفسه، فهو ضامن فيما بينـــه وبين الله تعالى، وإذا اعتقد التعريف مع ترك الإشهاد، فلا ضمان عليه.

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٥.

٢ - الآريّ هو محبس الدابّة ، جمع أواري (لسان العرب).

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٦.

وقيل: هذا التفصيل فيما إذا أخذها لنفسه، أما إذا أخذها ليعرّفها فلا ضمان عليه من غير تفصيل[1].

(١٤١٤) قال في المنتقى: ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله في رجل التقط لقطة، وضاعت منه، ثم وجدها في يدي رجل آخر، فلا خصومة بينهما؛ لأن يد الثاني كَيَدِ الأول في الحفظ، بخلاف المستودع، والفرق: وهو أن المستودع مأمور بالحفظ من جهة المالك فكان مأموراً بالاسترداد والخصومة؛ لأنه لا يتهيأ له إلا بالاسترداد، ولا كذلك الملتقط[2].

قال: وإذا وجد الرجل لقطةً، وهي دراهم أو دنانير، وجاء آخر وادعى أنها له، وسمّى وزنها وعددها، فلم يصدّقه الملتقط فعلى قول مالك رحمه الله: يجبر على دفعها إليه، وعلى قول علمائنا رحمهم الله: لا يجبر، بل له الخيار: إن شاء دفعها، وإن شاء أبى، حتى يقيم البينة، فإن دفعها أخذ منه كفيلاً نظراً لنفسه، وإن صدّقه دفعها إليه[3].

ولم يذكر محمد رحمه الله في المبسوط: أنه إذا أبى هل يجبر على الدفع؟ وقد اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: لا يجبر قياساً على الوديعة: إذا جاء رجل وقال: أنا وكيل المودع في استرداد الوديعة منك، فصدّقه فلا يجبر على الدفع؛ لأنه أقر بحق القبض في ملك الغير فكذا هذا[4].

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٦.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٧.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٧.

٤ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٧.

وبعضهم قالوا: يجبر، بخلاف الوديعة، والفرق: أن "الملك لغير الــذي حضر" ظاهر في الوديعة، أما في اللقطة ليس بظاهر ملك الغير، ثم إذا دفعها إليه في هذه الصورة فجاء آخر، وأقام بيّنة أنها له، إن كان العــين قائمــاً في يــد القابض يقضى للمدعي، وإن كان هالكاً كان المدعي بالخيار في التضمين فــإن ضمن القابض لا يرجع هو على الملتقط[1].

وإن ضمّن الملتقط، ذكر هذه المسألة في كتاب اللقطة في موضعين: قال في موضع: يرجع، وفي موضع: لا يرجع، قال: صاحب المحيط: الأصــح أن في المسألة روايتين، واعتمادي على رواية الرجوع[2].

(١٤١٥) قال: وإذا وجد شاةً أو بقرةً أو بعيراً، وحبســها، وأنفــق عليها في مدة التعريف ثم جاء رجل، وأقام بيّنة أنها له لم يرجع عليه بما أنفق إلا إذا كان الإنفاق بأمر القاضي، وإذا رفع الأمر إلى القاضي، فالقاضي لا يــأمره بالإنفاق ما لم يُقم بيّنة أنه التقطها نظراً للمالك، فإن قال: لا بيّنة لي، فالقاضي يقول له: أنفق عليها إن كنت صادقاً، فإن كان صادقاً يرجع، وإن كان كاذباً لا[3].

فإن أقام بيّنة عند القاضي يأمره بالإنفاق يومين، أو ثلاثة أيام، ثم بعــد هذا إن كانت اللقطة شيئاً يمكن إجارتها، يؤاجر وينفق عليها من الأجــر، وإن

---

١ – الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٧.

٢ – الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٧.

٣ – الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٨.

كانت شيئاً لا يمكن إجارتها باعها القاضي بنفسه، أو أمر الملتقط بالبيع وأعطى الملتقط من الثمن، أنفق بأمره، وإن لم يبعها حتى جاء صاحبها وأقام بينة وقضى بها القاضي له، وقضى عليه بما أنفق الملتقط كان للملتقط أن يحبسها منه حتى يعطيه ما أنفق[1].

وهذا لا يشكل فيما إذا أمر بالإنفاق على أن يكون ديناً على صاحبها، أمّا إذا لم يشترط ذلك، فظاهر ما ذكر في الكتاب يقتضي الرجوع، قال شيخ الإسلام رحمه الله: يجب أن يكون في المسألة روايتان[2].

وفي المنتقى: إذا قال الرجل: وجدت لقطةً وضاعت في يدي وقد كنت أخذتها لأردّها، وأشهدت بذلك وكان الأمر كما قال، إلا أن صاحبها يقول: ما كانت لقطة، فإني وضعتها لنفسي لأرجع وآخذ، فإن كان في موضع ليس بقربه أحد، أو كان في طريق، أو مفازة، فالقول قول الملتقط إذا حلف أنها ضاعت عنده، وإن قال صاحبها: أخذتها من منزلي، وقال الملتقط: أخذتها من الطريق، ضمن، فإن وجدها في دار قوم أو في دهليزهم، أو في دارٍ فارغةٍ، ضمن إذا قال صاحبها: وضعتها لأرجع[3].

وذكر في المبسوط: إذا قال المالك: أخذت مالي غصباً، وقال الملتقط: كانت لقطةً، أخذتها لك، فالملتقط ضامن من غير تفصيل.

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٨.

٢ - انظر لمسألة نفقة الحيوانات: بدائع الصنائع ٦/٢٠٣.

٣ - الفتاوى الهندية معزياً إلى خزانة المفتين ٢/٢٩٢.

(١٤١٦) قال: وإذا كانت اللقطة في يد رجل، فادعاها رجل، وأقام البيّنة أو أقرّ الملتقط بذلك، لكن امتنع عن ردّها إلا عند القاضي، فله ذلك، فإن هلك في يده عند ذلك فلا ضمان عليه.

(١٤١٧) قال: إذا كانت اللقطة في يدي مسلم، وأقام المدعي على ذلك شاهدين كافرين، لا يقبل هذه الشهادة، وإن كانت في يد كافر وباقي المسألة بحالها، فكذلك قياساً لاحتمال أنها ملك مسلم.

وفي الاستحسان: يقبل؛ لأن المستحق بهذه الشهادة في الحال إنما هو صاحب اليد، واليد للكافر، فأما توهّم الملك للمسلم فمعارض بذلك، فتعارض الموهومان، فسقط اعتبارهما، فبقيت العبرة لليد، وإن كانت في يد كافر ومسلم لم يجز شهادتهما على واحد منهما قياساً، وفي الاستحسان: جازت الشهادة على الكافر، ويقضي بما في يد الكافر لما قلنا، وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف رحمهما الله: سارق دفع إلى رجل متاعاً فينبغي للمدفوع إليه أن يتصدّق به إذا لم يعرف صاحبه، وإن عرف ردّه عليه وهو مأجور[1].

[مصارف بيت المال]

(١٤١٨) وأما بيان مصارف هذه الأموال فقد ذكرنا: أن حقوق[2] المالية التي إلى السلطان أخذها، أربعة:

منها: زكاة السائمة، وزكاة التجارة التي يمرّ بها المسلمون في الطريق، ومنها: عشر الأراضي.

---

١ - الفتاوى الهندية وقال: كذا في المحيط ٢/٢٩٢.

٢ - هكذا في النسخ الثلاث.

ومنها: الخراج وما يجري مجراه من الجزية، وصدقات بني تغلب وما يأخذ العاشر من أهل الذمة، وأهل الحرب.

ومنها: خمس الغنيمة والمعادن والركاز والكنوز وما يجري مجراه من اللقطة، والتركة التي لا وارث لها، وقد ذكرنا: أن بيت المال أربعة: بيت مال الزكاة، والعشور، والكفارات؛ وبيت مال الخراج والجزية، وصدقات بني تغلب، وما يأخذ العاشر من الكفرة؛ وبيت مال خمس الغنائم؛ وبيت مال اللقطات والتركات[1].

وإنما جعلنا بيوت المال أربعة؛ لأن لكل مال منها حكماً يختص به لا يشاركه مال آخر؛ لأن مال الصدقات، وعشور الأراضي، مصروفة إلى المذكورين في قوله تعالى:﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَآءِ﴾[2]، لا غير، ولا يجوز صرفها إلى المقاتلة إذا كانوا أغنياء، ولا إلى القضاة والمفتيين والمدرّسين إذا كانوا أغنياء، ولا إلى فقراء بني هاشم.

وإذا كان للزكاة وعشور الأراضي حكم لا يشاركه الخراج، فلهذا يجعل للزكاة وعشور الأراضي بيت على حدةٍ.

وكذلك يجعل للخراج وما يجري مجراه من الجزية، وصدقات بني تغلب، وما يأخذ العاشر من الكفرة، بيت مال على حدةٍ؛ لأن حكم هذا المال في المصرف يخالف بيت مال الصدقات، وبيت مال خمس الغنائم والمعادن

---

١ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٣٤٣.

٢ - [التوبة: ٦٠]

والركاز؛ لأن الخراج وما يجري مجراه يصرف إلى المقاتلة وإلى من فرّغ نفسه لمصالح عامة المسلمين كالقضاة والمفتين والمدرّسين والمتعلمين والمؤذنين، وإلى عمارة ما يعود منفعته إلى عامة المسلمين نحو سدّ الثغور، وعمارة الجسور، والرباطات والمساجد، وكري الأنهار، وقد استقصينا في بيان هذه المصارف وتوابعها ولوازمها في مواضعها، فلا نعيدها مرة أخرى.

وأما خمس الغنائم والمعادن والركاز: فمصرفها خلاف مصرف الزكاة والعشر والخراج والجزية، فإن الخمس يصرف إلى فقراء المسلمين، الهاشمي وغيره في ذلك سواء، ولا يصرف إلى نوائب المسلمين، وإلى من فرّغ نفسه لمصالح المسلمين، ثم خمس الغنائم عند علمائنا رحمهم الله مقسومة على ثلاثة أسهم، على اليتامى، والمساكين، وابن السبيل لقوله تعالى:﴿وَاعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ﴾[1] الآية وسهم الله وسهم الرسول واحد، ويدخل فقراء ذوي القربى فيه، ويقدّمون، ولا يدفع إلى أغنيائهم شيء[2].

(١٤١٩) وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في المسبوط اختلافاً بين أصحابنا رحمهم الله: قال الكرخي رحمه الله: إنما يسقط بوفاته هذا السهم في حق الإغنياء منهم دون الفقراء، والطحاوي رحمه الله كان يقول: بأنه يسقط فيهما، وكان الشيخ الإمام أبو بكر الرازي رحمه الله

---

١ - [الأنفال:٤١]

٢ - الدر المنتقى في شرح الملتقى مع مجمع الأنهر ٣٢٤/١-٣٢٥؛ والفتاوى الهندية ٢١٤/٢.

يقول: لم يكن هذا السهم مستحقاً بالقرابة، بل كان لرسول الله عليه السلام أن يصرفه إليهم مجازاةً على النصرة التي كانت منهم، ولم يبق ذلك المعنى بعد وفاته عليه السلام، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في طريقته: أنه كان ثابتاً لفقرائهم على سبيل الجواز، لا على سبيل الاستحقاق، فعلى هذا ما كان ثابتاً حال حياته يبقى بعد وفاته، وعند الأكثرين من المشايخ رحمهم الله: كان ثابتاً لأغنيائهم وفقرائهم على السَّوِيَّة، ثم سقط بموته، فعلى هذا، سهم ذوي القربى ساقط بوفاة النبي عليه السلام.

(١٤٢٠) وقال الشافعي رحمه الله: يقسم الخمس على خمسة أسهم، ثلاثة على نحو ما قلنا، وسهم الله وسهم رسوله يصرف إلى الخليفة، فيضعه في مصالح العامة كسد الثغور، وأرزاق القضاة، وغيرها.

(١٤٢١) ومن أصحابه من قال: يصرف سهم رسول الله إلى الإمام؛ لأنه خليفته وسهم من ذلك لذوي القربى، وهم المُدلون بقرابة رسول الله ﷺ كبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل[1]، يشترك في ذلك أغنياؤهم، وفقراؤهم، والنساء، والرجال، والصغير، والكبير، والحاضر في ذلك الإقليم، والغائب، ويفضّل الذكر على الأنثى؛ لأنه مستحق بالقرابة كسائر الميراث.

---

١ - انظر حول الموضوع: "الدر المختار ورد المحتار" ٢٤٤/٦-٢٥١، كتاب الجهاد، باب المغنم وقسمته.

وانظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٤٣١/٢-٤٤٠، كتاب السير والجهاد.

(١٤٢٢) وقال المزني[1] رحمه الله[2]: يسّوى كالوصية للأقارب، فإن لم يكن، ينتقل الحق إلى بني عبد شمس، ثم إلى بني نوفل؛ لأن عبد شمس أخو هاشم من أبيه وأمه، ونوفل أخوه من أبيه، ثم يعطى بني عبد مناف، ثم بني عبد العزّى وعبد الدار، ويقدّم عبد العزّى على عبد الدار، وعلىهذا حتى تنقضي قريش، ثم يقدّم الأنصار على سائر العرب، ثم العجم، وإذا تساوت المراتب، قدّم بالسن أو بالسبق إلى الإسلام، وهو القياس[3].

(١٤٢٣) وأما مال اللقطة والتركات فقد جعلنا له بيتاً على حدة؛ لأنه ربما يظهر لها مستحق فيجب صرف ذلك بعينه إليه.

(١٤٢٤) ومال اللقطة والتركات مصروفة إلى نوائب المسلمين: نحو معالجة المرضى إذا كانوا فقراء، وتكفين الموتى الذين لا مال لهم، ونفقة اللقيط، وعقل جنايته، وما أشبه ذلك[4].

---

١ - المزني: (١٧٥-٢٦٤هـ= ٧٩١-٨٧٨م) إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم المزني: صاحب الإمام الشافعي من أهل مصر، كان زاهداً، عالماً، مجتهداً، قويَ الحجّة، وهو إمام الشافعيين، من كتبه "الجامع الكبير"، و"الجامع الصغير"، و"المختصر - خ"، و"الترغيب في العلم" نسبته إلى مزنية (من مصر)، قال الشافعي رحمه الله: المزني ناصر مذهبي، وقال في قوة حجّته: لو ناظر الشيطان لغلبه (الأعلام للزركلي ٣٢٩/١، وطبقات الشافعيّة لتقي الدين ابن القاضي ٥٨/١-٥٩، والنجوم الزاهرة ٣٩/٣، ووفيات الأعيان ١٩٦/١، وكشف الظنون ٠٤٤، ١٦٣٥، ٢٠٠٠).

٢ - انظر حول الموضوع: "الدر المختار ورد المحتار" ٢٤٤/٦-٢٥١، كتاب الجهاد، باب المغنم وقسمته.

انظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٤٣١/٢-٤٤٠، كتاب السير والجهاد.

٣ - انظر: التاتارخانية حكاية عن السغناقي، الاختلاف بين الكرخي والطحاوي وبيان مذهب الشافعية رحمهم الله (التاتارخانية ٣٢٠/٥).

٤ - الفتاوى الهندية ١٩١/١.

[استقراض الإمام من أحد بيوت بيت المال للآخر]

(١٤٢٥) ولو كان في بعض بيوت هذه الأموال مال، ولم يكن في بعضها شيء كان للإمام أن يستقرض مما فيه المال فيصرف إلى مصرف بيته عند الحاجة حتى أنه إذا لم يكن في بيت مال الخراج مال، فإنه يستقرض من مال بيت مال الصدقات، ثم إذا وصل إليه مال الخراج يرد على بيت مال الصدقة مثل ما أخذ؛ لأن مال الصدقات غير مصروفة إلى نوائب المسلمين، فإذا صرفها بعد ما استقرضها إلى نوائب المسلمين، وإلى المقاتلة الأغنياء، صار ذلك قرضاً على بيت مال الخراج[١].

(١٤٢٦) وإن لم يكن في بيت مال الصدقة شيء، واستقرض من مال بيت مال الخراج، وصرفها إلى الفقراء، ثم وصل إليه مال الصدقات لايردّ مثله إلى بيت مال الخراج؛ لأن للخراج حكم الفيء، وللفقراء حظ في حقيقة الفيء فكذا فيما له حكم الفيء، وإنما لم يعطهم من الفيء لاستغنائهم بالصدقات، فإذا احتاجوا، صرف إليهم، بخلاف المقاتلة الأغنياء؛ لأنه لا حظ لهم في الصدقات، فإذا صرف إليهم شيئاً من مال الصدقات، صار قرضاً على بيت مالهم، وإن صرف الإمام ما استقرض إلى الغزاة الفقراء، لا يصير قرضاً في بيت مال الخراج؛ لأن للغزاة الفقراء حظاً في بيت مال الصدقات، فإذا صرف إليهم الإمام فقد أوصل الحق إلى مستحقه، فلا يصير قرضاً على المستحقين، والله أعلم بالصواب[٢].

---

١ - الفتاوى الهندية ١/١٩١.

٢ - الفتاوى الهندية ١/١٩١.

الباب الرابع

وهذا الباب يشتمل على فصول:

الفصل الأول

فيما ينبغي للقاضي أن يفعل

[رد الخصوم إلى الصلح]

(**١٤٢٧**) قال في المبسوط: وينبغي للقاضي أن يردّ الخصوم إلى الصلح ما لم يستبن فصل القضاء، وإذا استبان له فصل القضاء ذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: ينبغي له أن يقضي، ولايردّهم إلى الصلح.

وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله في شرحه: أنه إذا طمع القاضي في صلح المتخاصمين حال استبانة وجه القضاء، ردهم إلى الصلح، ولا يقضي ما لم ييأس عن الصلح، وذكر في آخر أدب القاضي: وإذا طمع القاضي باصطلاح الخصمين فلا بأس بأن يردهم ولا ينفّذ الحكم عليهم، وإن أنفذ القضاء من غير أن يردهم فهو في سعة منه، وإن طمع في الصلح[1].

---

١ - معين الحكام للطرابلسي/٢٠، ورد المحتار ٤٧٨/٤، انظر: عين هذه العبارة في الهندية ٣٤٥/٣.

[كيفية تعامل القاضي مع الشهود]

(١٤٢٨) وذكر في المبسوط عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه قال: ويُكره للقاضي تلقين الشهود، وفي المنتقى: قال أبو يوسف رحمه الله: لا بأس بتلقين الشاهد إذا كان عدلاً؛ لأن من لم يتعوّد التكلم في مجلس القضاء يتعذر عليه البيان[١].

(١٤٢٩) وذكر في المبسوط: وإذا ارتاب القاضي في أمر الشهود فرّق بينهم، ولا يسعه غير ذلك[٢].

(١٤٣٠) وينبغي أن يسألهم أين كان هذا؟ ومتى كان هذا؟ وفي أي زمان كان هذا؟ ويكون هذا السؤال بطريق الاحتياط، وإن كان لايجب بيان هذا على الشهود، فإذا فرّقهم، واختلفوا في ذلك اختلافاً يفسد الشهادة، ردّها، وإن كان لا يفسدها لا يُردّها.

(١٤٣١) وينبغي للقاضي أن لا يرد الشهادة بمجرد التهمة، وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا اتهمت الشهود فرّقت بينهم، ولا ألتفت إلى اختلافهم في لبس الثياب، وعدد من كان معهم من الرجال والنساء، ولا إلى اختلاف المواضع إن كانت الشهادة على الأقوال[٣].

---

١ - البزازية ٤/٣٣-٣٤؛ ورد المحتار ٤/٤٣٤؛ وفتح القدير ٧/٢٧٦-٢٧٧؛ والبحر الرائق ٦/٣٠٧، ودرر الحكام في شرح غرر الأحكام لملا خسرو ٢/٤٠٦-٤٠٧، وحاشية الشرنبلالي على الدرر.

٢ - انظر: الجزء الثاني من صنوان القضاء وعنوان الإفتاء ٢/١٠٢، رقم الفقرة ٦٣٤ .

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٥.

(١٤٣٢) وإن كانت الشهادة على الأفعال، فالاختلاف في المواضع اختلاف في الشهادة فتردّ.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا اتهمتهم، وظننت أنهم شهود الزور أفرّق بينهم، وأسألهم عن المواضع والثياب، ومن كان معهم من الرجال والنساء، إذا اختلفوا في ذلك فهذا عندي اختلاف فأبطل به الشهادة[١]، وعن إبراهيم عن محمد رحمهما الله: في شاهدين شهدا لرجل بدار فالقاضي يسألهما كيف هي له، لعلّه لا يقطع بشهادتهما شيئاً، فإن قال الشاهد: لا أخبرك ولا أزيد على هذا، هي له، أمضيت الشهادة، قال أبو حنيفة رحمه الله: ليس للقاضي أن يقول للشهود بشيء لرجل، لا يعلمونه، ابتاع أو وهب له.

(١٤٣٣) وفي نوادر ابن سماعة عن محمّد رحمهما الله: إذا شهد عند القاضي شاهدان بدارٍ لرجل، فله أن يسألهما عن البناء.

[تصرف القاضي في مال اليتيم]

(١٤٣٤) قال في أدب القاضي: وللقاضي أن يقرض أموال اليتامى؛ لأنه يحتاج إلى حفظ مال اليتيم، وقلّ ما يمكنه الحفظ بنفسه، فيحتاج إلى الدفع إلى غيره، والدفع بطريق الإقراض أنفع لليتيم من الدفع بطريق الإيداع؛ لأن الوديعة إذا هلكت في يد المودع، هلكت من مال اليتيم، والقرض إذا هلك في يد المستقرض يهلك من مال المستقرض فهو معنى قولنا: "الإقراض أنفع لليتيم"، فإذا ملك القاضي الإيداع أولى أن يملك الإقراض[٢].

---

١ - انظر: تفصيل هذه المسائل في الهندية ٣/٣٤٥ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/٧٧-٧٨، رقم الفقرة ٦٢٠.

٢ - رد المحتار ٨/١١٠، ط: دار الكتب العلمية ١٤١٥، وروضة القضاة وطريق النجاة للسمناني ١/١٦٠؛ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/٧٧، رقم الفقرة: ٦٢٠، الباب الثامن والثلاثون فيما ينبغي للقاضي أن يعمل به.

(**١٤٣٥**) وذكر الشيخ الإمام الأجل الأستاذ ظهير الأئمة رحمه الله في الأقضية: إنما يملك القاضي الإقراض إذا لم يجد ما يشتري به لليتيم ليكون لليتيم منه غلة، أمّا إذا وجد لا يملك الإقراض، بل يتعيّن عليه الشراء، قال: هكـــذا روي عن محمد رحمه الله[١].

وكذلك إذا وجد من يدفع إليه ماله مضاربةً لا يملك الإقــراض؛ لأن دفعها على سبيل المضاربة أنفع في حق الصغير؛ لأنه يحصل بها الربح للصغــير، وبالقرض لا يحصل[٢].

(**١٤٣٦**) وإذا أقرض ينبغي أن يقرض من المليء لا من المفلــس؛ لأن المال في ذمة المفلس تاوٍ[٣]، وينبغي أن يكتب على من أقرضه صكاً البتة خوفــاً عن النسيان كي لا يفوت شيء من حق الصغير.

وينبغي أن يتفقّد أحوالهم في كل وقت، حتى إذا أفلس واحــد منــهم يستردّ منه المال إذ كما لا يجوز أن يقرض المفلس لا يجوز أن يترك المال علــى المفلس[٤].

---

١ – روضة القضاة وطريق النجاة للسمناني: وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: "اسعوا في أموال اليتامى، لا تأكلها النفقة، ودفعت عائشة رضي الله عنها مال أيتام إلى مولاها "أسلم" تجارةً، ١/١٦٠، رقم الفقرة ٥٦٧ و ٥٦٩ ، ورد المحتــار ١١١/٨، ط: دار الكتب العلمية ١٤١٥هـ.

الفتاوى الهندية ٣٤٣/٣، انظر حول الموضع: البحر الرائق ٢٣/٧، باب مسائل شتى من كتاب القضاء.

٢ – الفتاوى الهندية ٣٤٣/٣.

٣ – الفتاوى الهندية ٣٤٣/٣.

٤ – البحر الرائق ٢٣/٧-٢٤.

قال هشام: تذاكرنا عند محمد رحمه الله في الأموال التي تجتمع عند القاضي للأيتام أيّ ذلك أفضل للقاضي، دفعها بوديعة أو بضمان؟ فأخبرنا أن أبا حنيفة وابن أبي ليلى وأبا يوسف رحمهم الله كانوا يرون أن يدفعها بضمان.

(١٤٣٧) وليس للقاضي أن يستقرض ذلك لنفسه[١].

(١٤٣٨) وذكر في المنتقى: لو أن قاضياً باع مال يتيم بنفسه، أو أودع مال يتيم، أو باع أمينه بأمره، وهو يعلم بذلك من رجل، ثم مات هذا القاضي، واستقضي غيره فشهد قوم أنهم سمعوا القاضي الأول يقول: استودعت فلاناً مال فلان اليتيم وبعت فلاناً مال فلان اليتيم بكذا وكذا، فجحد فلان ذلك، قال: ينبغي أن يقبل القاضي الثاني هذه الشهادة، ويأخذ المستودع والمشتري بالمال وإن لم يكن الأول أشهدهم أنه قضى بذلك؛ لأن قضاءه بذلك وقوله عليه سواء[٢].

(١٤٣٩) قال: وإذا قبض القاضي مال يتيم أو غائب، فوضعه في بيته ولا يعلم أين هو فهو ضامن، وإن علم أنه دفعه إلى قوم، ولايدري إلى من دفعه فلا ضمان عليه، وكذلك إذا قال القاضي: دفعت إلى ولي من أولياء الأيتام، ولا أدري إلى من دفعته فلا ضمان عليه[٣].

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٤.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٤.

٣ - الفتاوى الهندية حكاية عن التاتارخانية ٣/٣٤٤.

(١٤٤٠) قال: وينبغي للقاضي أن يختار لليتيم وصياً من قرابته، وأهل بيته من يوثق بدينه وأمانته؛ لأن مبنى الوصيّة على الشفقة[١]، ومن كان بهذه الصفة يكون أشفق عليه، لكن هذا إذا كان أهدى إلى التصرفات؛ لأن تمام النظر ممن يكون أقرب إليه، وأهدى إلى التصرفات، فإن لم يكن في أهل البيت من يصلح لذلك فمن جيرانه، فإن لم يجد ذلك فيهم اختار من عشيرتهم من يثق به[٢].

(١٤٤١) قال: وإذا جعل القاضي لرجل وصياً في مال اليتيم جاز له من التصرفات ما يجوز للوصي من جهة الأب، إلا أن القاضي متى استثنى التصرف في العقار للوصي الذي نصبه يعمل هذا الاستثناء منه، حتى لا يملك التصرف في العقار.

والأب لو أوصى واستثنى التصرف في العقار كان له أن يتصرف في المنقول والعقار جميعاً؛ لأن ولاية الأب لا تحتمل الوصف بالتجزئ.

فإذا ثبت لغيره يثبت مطلقاً كما كان له، أما ولاية القاضي يحتمل الوصف بالتجزئ

فإنه يجوز أن يكون قاضياً في شيء دون شيء، وفي مكان دون مكان فكذا يملك إثباته لغيره.

---

١ - كذا في نسخة "ب" و"ج" وفي نسخة " أ " (النفقة) والصحيح ما اخترناه.

٢ - انظر: تفصيل هذه المسألة في البحر الرائق ٢٩٦/٦.

(١٤٤٢) قال: وإن جعله قيّماً و لم يجعله وصياً لا يملك التصرف في المنقول والعقار جميعاً؛ لأن القوامة عبارة عن الحفظ لا عن التصرف، والوصاية عبارة عن الحفظ والتصرف[١]، ولو اشترى هذا القيّم شيئاً لابد للصبي منه، فالقياس أن لا ينفذ على الصبي؛ لأنه تصرف، وفي الاستحسان ينفذ؛ لأنه فُوّض الحفظ إليه، والصبيّ إنما يبقى محفوظاً بالإنفاق عليه فكان هذا من باب الحفظ، وتمام هذه المسائل نذكرها في فصل الوصاية[٢].

[إعلام المدعى عليه بالدعوى]

(١٤٤٣) قال: وإذا أثبت الرجل حقاً عند القاضي بشهادة شهود عدول ينبغي أن يُعلم ذلك المدعى عليه حتى يأتي بالمخرج؛ لأن شهادة المدعي إنما يكون حجة إذا لم يأت المدعى عليه بحجة معارضة وإنما يتحقق عجزه عن الإتيان إذا أعلمه القاضي بما يقضي، وطالبه بحجة معارضة[٣].

(١٤٤٤) ثم اختلفوا في إعلامه، يقول بعضهم: يقول للمدعى عليه: قد ثبت هذا الحق للمدعي عليك بشهادة هؤلاء الشهود، وعُدلوا، وعرفتهم وقد ثبت عندي ذلك فاخرج عن حقه إن لم يكن لك مخرج، وإلا فأت بالمخرج.

وقال بعضهم: لا يقول هكذا؛ لأن قوله: "ثبت عندي" يكون حكماً منه، لكن يقول: إن هؤلاء شهدوا عليك لهذا، وقد عدّلوا، وثبت عندي

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٩.

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/٢٨٤-٢٨٦، رقم الفقرة ١٥٧-١٥٨.

٣ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/٧٩-٨٠، رقم الفقرة ٦٢١.

شهادتهم، وعرفتهم، ووجب القضاء له عليك، فإن خرجت عن حقه، أو أثبت بالمخرج وإلا وجّهت القضاء له عليك.

فإذا فصل ولم يأت في المدة التي ضرب له القاضي أجلاً، وسأل الطالب أن يحكم له عليه ويسجّل له بذلك سجلاً فعل ذلك، ويكتب السجلّ نسختين يدفع إحداهما إلى الطالب، والأخرى يخلّدها في ديوانه ليكون حجة له.

(١٤٤٥) وكذلك لو ثبت الحق للمدعي بإقرار المدعى عليه ينبغي أن يُعْلِمَهُ أنه يقضى عليه بإقراره؛ لأنه ربما يكون قد أوفاه أو أبرأه، فإن أتى بالدفع وإلا أمضى عليه ذلك كما لو ثبت بالبيّنة[١].

[قول القاضي للخصمين: أ أحكم بينكما؟]

(١٤٤٦) قال: وإذا أراد القاضي أن يحكم لرجل بشيء ينبغي له أن يقول للخصمين: "أ أحكم بينكما؟" على وجه الاحتياط حتى إذا كان في التقليد والتقلد خلل فيصير حكماً بتحكيمهما، وحكم المُحكم جائز، هكذا ذكر مشايخنا رحمهم الله.

[أخذ القاضي الأجرة على أعماله]

(١٤٤٧) قال: وإذا كان القاضي يتولى القسمة بنفسه، حل له أخذ الأجر، ولكن الأولى أن لا يأخذ شيئاً حتى لا يذهب حشمته، وماء وجهه[٢].

---

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/٧٩-٨٠، رقم الفقرة ٦٢١.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٥.

(١٤٤٨) قال: كل نكاح باشره القاضي، ومباشرته واجب عليه، كنكاح الصغار والصغائر لا يحل له أخذ الأجرة عليه، ولو أخذ نائبه وهو يعلم به يصير فاسقاً[١].

(١٤٤٩) وإذا أذن القاضي ببيع مال اليتيم لمصلحته لا ينبغي له أن يأخذ شيئاً لأجل هذا الإذن، ولو أخذ وأذن بالبيع لا ينفذ بيعه[٢].

(١٤٥٠) قال: وإذا أراد القاضي كتابة السجلات والمحاضر بنفسه، وأن يأخذ على ذلك أجراً فله ذلك؛ لأن هذا ليس من عمل القضاء؛ لأن القضاء يتم بالحكم، وكتابة السجل أمر زائد عليه، ولكن إنما يأخذ بقدر ما يجوز أخذه لغيره، ولو أخذ الزيادة عليه يصير فاسقاً[٣].

ولو كتب كاتبه، وأخذ منه شيئاً، إن كان بغير طيب من نفسه لا يحل له ذلك، ويصير فاسقاً.

والتقدير فيما يجوز أخذه للقاضي ولكاتبه، محكي عن السيد الإمام أبي شجاع عن أبي حنيفة رحمهما الله.

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٥.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٥.

٣ - قال جلال الدين أبو المحامد حامد بن محمد في كتاب السجلات: يجوز للقاضي أخذ الأجرة على كتابة المحاضر والسجّلات وغيرها من الوثائق بقدر أجر المثل (كتاب أدب القضاء للسروجي ١٠٤، ط: دار البشائر الإسلامية ١٤١٨هـ. والفتاوى الهندية ٤/٥٢٩ نقلاً عن الملتقط).

بيان ما يفعل القاضي المقلّد مع القاضي المعزول

[تعيين أمينين لقبض ديوان القاضي المعزول]

(١٤٥١) قال: إذا حضر القاضي المقلّد ينبغي له أن يبعث أمينين ليقبضا ديوانه، وديوان القاضي: هو الخريطة التي فيها النسخ والصكوك والسجلات ونصب الأوصياء وتقدير النفقات؛ لأن القاضي يكتب لهذه الأشياء نسختين يضع إحديهما في يد الخصم، والأخرى يخلّدها في ديوانه حتى يرجع إليها عند الحاجة، والقاضي المقلّد يحتاج إلى ذلك[1].

(١٤٥٢) وإن امتنع القاضي المعزول عن الدفع، إن كان البياض الذي كتب عليه النسخ من مال بيت المال يجبر على الدفع، وإن كان من مال الخصم، أو من مال القاضي اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: لا يجبر؛ لأنه إذا كان من مال الخصم فهو وديعة عنده، وليس للمودع أن يودع غيره، وقال بعضهم[2]:

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٤٦/٣ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٥٩/١، رقم الفقرة ١٢٨.

٢ - وفي شرح أدب القاضي: فإن أبى أن يدفع، فإن كان من مال بيت المال يجبر على الدفع؛ لأن ذلك إنما كان في يده لعمله، وقد صار العمل لغيره، فلا يترك البياض في يده، وإن كان من ماله أو من مال الخصوم اختلف فيه المشايخ: =

يجبر؛ لأنه ماله، ما اتخذه لتموّله وما تركه إلا لعمله وقد تحول[1].

(١٤٥٣) ثم إذا دفع إليهما وقبضا، جعلا كل نوع في خريطة على حدة، ويسألان القاضي المعزول شيئاً فشيئاً، ليكشف لهما، ويسهل الوصول إليه عند الحاجة، ثم يختمان على ذلك، ليقع الأمن عن الزيادة والنقصان، فإن لم يحضر المعزول لتسليم ذلك إلى الأمينَين لا يجبر، ولكن يبعث المعزول أمينين ليسلّما إلى أميني المقلّد.

[أعمال أمناء القاضي الجديد]

(١٤٥٤) ثم يأخذان الودائع، وأموال اليتامى، ويأخذان أسماء المحبوسين؛ لأن القاضي إذا حبس رجلاً بحقٍ، وجب عليه أن يكتب اسمه واسم أبيه وجدّه، والسبب الذي حبس لأجله وتاريخ الحبس[2].

=منهم من يقول: لا يجبر؛ لأنه على ملكه، أو وديعة عنده من جهة الخصوم ومنهم من يقول: يجبر وهو الصحيح؛ لأنه ما اتخذ للتمول بل للتدبّر (وفي نسخة للتديّن) وكذا الخصوم ما تركوا ذلك لعينه بل لعمله، وقد تحول العمل إلى غيره (شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٦٢/١، رقم الفقرة ١٣٢).

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٦١/١-٢٦٢، رقم الفقرة ١٣٢.

٢ - الفتاوى الهندية ٣٤٦/٣ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٦٢/١-٢٦٣ ، رقم الفقرة ١٣٣

[تصرف القاضي الجديد مع المحبوسين]

(١٤٥٥) وينبغي أن يكتبا تاريخ الحبس من التاريخ الذي أثبته القاضي المعزول، لا من وقت عمله، ويسألان المحبوسين عن أسباب الحبس، ويجمع بينهم وبين خصومهم، فإن اتفقوا على شيء واحد أعادهم إلى الحبس، وإن اختلفوا لا يلتفت إلى قول القاضي المعزول؛ لأنه صار كواحد من الرعايا[١].

بيان أنواع الحبس

(١٤٥٦) ثم الحبس على أنواع: حبس بسبب الدين، وحبس بسبب العقوبات الخالصة للعباد كالقصاص في النفس والطرف، وحبس بسبب العقوبات الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر، وحبس بسبب العقوبة المتردد بين حق الله تعالى وحق العبد كحد القذف[٢]. وأما الحبس بسبب الدين: قال المحبوس: حُبِستُ بدين فلان بن فلان؛ لأني أقررت به عند القاضي المعزول، فصدّقه المقر له، وقد عرفه القاضي، يعيده إلى الحبس، وإن أنكر المحبوس، لا يثبت المال بقول المعزول ما لم يقم البيّنة، فإن أقام وعرف القاضي شهوده بالعدالة يعيده إلى الحبس، وإن لم يعرف الشهود يأخذ بنفسه كفيلاً حتى يظهر عدالة شهوده فإن ظهر العدالة أعاده إلى الحبس، وإن قال: أنا محبوس دين فلان بن فلان،

---

١ – الفتاوى الهندية ٣٦٤/٣ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٦٣/١-٢٦٤، رقم الفقرة ١٣٥.

٢ – انظر حول الموضوع: الفتاوى الهندية ٣٤٧/٣-٣٤٨ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٧٢/١-٢٧٦ ، رقم الفقرة ١٤٢-١٥٠.

وأحضر المال، وعرف القاضي المقر له باسمه ونسبه، أو شهد شهود بذلك يأمره بأداء المال إليه، فإن عرف القاضي المقلد بأنه لم يكن له خصم آخر أطلقه[1].

(**١٤٥٧**) وطريق معرفته: أن ينادي المنادي إنا وجدنا فلان بن فلان محبوساً بحق فلان، فمن كان له عليه حق فليأتنا، فإن حضر خصم، وإلا أطلقه، وتقدير مدة النداء، وسعة الإطلاق موكول إلى رأي القاضي، فإن كان في المحبوس قوم لم يحضر لهم خصم، وادعوا أنهم حبسوا من غير حق لا يلتفت إلى قولهم؛ لأن حسن الظن بالقاضي واجب، ولكن إذا أمضى مدة الشهر واشتهر عزل القاضي الأول، وتقليد الثاني، ونادى المنادي فالظاهر أنه لم يكن له خصم؛ إذ لو كان لحضر، وإن لم يعرف القاضي المقر له ولم يشهد بذلك شهود، يأمره بأداء المال إليه لا يعجّل بإطلاقه لجواز أنهما تواضعا، فيحتاط القاضي بالنداء، وأخذ الكفيل، وكذلك يحتاط القاضي إذا قال المقر له: إني أريد إطلاقه وتمهيله مدة معلومة[2].

وكذلك إذا قال المحبوس: لا كفيل لي، أو لا يجب عليّ كفيل؛ لأنه ليس لي خصم يطلب مني الكفيل[3].

---

١ - انظر: الفتاوى الهندية ٣/٣٤٧-٣٤٨.

٢ - انظر: الفتاوى الهندية ٣/٣٤٦-٣٤٧ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/٢٦٧، رقم الفقرة ١٣٧.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٦-٣٤٧ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/٢٧١ ، رقم الفقرة ١٣٩.

(١٤٥٨) وأما الحبس بسبب العقوبات الخالصة للعباد فإن قال المحبوس: إني حُبِستُ؛ لأني أقررت بالقصاص لفلان بن فلان، وادّعى المقرّ له القصاص عليه، فإن كان القصاص[1] منه، ولكن لايعجّل في إطلاقه لجواز تعلق حق الغير بنفسه أو ماله، بل يتأنى وينادي كما ذكرنا ثم يطلقه بكفيل[2].

[حكم المحبوسين في الحدود الخالصة لله تعالى]

(١٤٥٩) من أقرّ بالزنا فحبس وفي الحدود الخالصة لله تعالى، إن قال: أقررت بالزنا عند القاضي المعزول أربع مرات، فحبسني ليقيم عليّ الحد، لا يقيم عليه الحد؛ لأن ذلك الإقرار ليس بحجة في حق هذا القاضي، فإن أقر أربع مرات في أربع مجالس عند القاضي المقلّد أقام عليه الحد، تقادم العهد أو لم يتقادم، فإن كان محصناً رجمه، وإن كان غير محصن جلدَه، ولا يطلقه بعد الجلد إلا بعد أخذ الكفيل، وإن رجع عن الإقرار صحّ، كما إذا رجع عند القاضي المعزول قبل عزله[3].

(١٤٦٠) وإن قال: قامت عليّ بينة على الزنا، أو شهدوا عنده مرة أخرى، لا يكون تلك الشهادة حجة في حق القاضي المولّى لتقادم العهد[4].

١- وفي نسخة "ج" (فإن كان القصاص في النفس يمكنه ليستوفي القصاص لانتفاء تهمة المواضع وإن كان فيه احتمال إبطال الغير وإن كان القصاص في الطريق يمكنه ليستوفي القصاص منه.

٢- الفتاوى الهندية ٣٤٧/٣.

٣ - الفتاوى الهندية ٣٤٧/٣.

٤ - الفتاوى الهندية ٣٤٧/٣.

(١٤٦١) ولو قال: إني أقررت بشرب الخمر لا يقيم عليه الحد؛ لأن عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: إنما يقام عليه الحد إذا كانت الرائحة موجودة، والخمر في بطنه، وعند محمد رحمه الله: كون الخمر في بطن ليس بشرط وموضع هذه المسألة كتاب الحدود، وإن كان الخمر في بطنه يقام عليه الحد فلا يطلقه إلا بعد النداء، وأخذ الكفيل[1].

(١٤٦٢) وإن قال: حبسني؛ لأني أقررت عنده بالسرقة، فحكمه وحكم الجلد في الزنا سواء إلا أن الدعوى في السرقة شرط لسماع البيّنة[2].

[تصرف القاضي الجديد في الودائع]

(١٤٦٣) قال: وإن قال القاضي المعزول: على يدي فلان بن فلان كذا وكذا من المال، وهو لفلان بن فلان، فإن قال المودع: دفعه إليّ القاضي المعزول وهو لفلان الذي أقرّ له القاضي، أو قال: لا أدري لمن هو؟ يأمره بالتسليم إلى المقر له؛ لأن يده يد من أئتمنه فيكون القول قوله كما إذا عاين كونه في يد القاضي المعزول.

فأما إذا أنكر جميع ما قاله القاضي المعزول، فالقول قوله؛ لأنه في يده، فإن قال: دفعه إليّ القاضي ولكنه لفلان آخر غير الذي أقر له القاضي يؤمر بالتسليم إلى من أقر له القاضي؛ لأنه لما أقر بوصوله إلى يده من جهة القاضي

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٧.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٨.

صار يده من حيث التقدير كيد القاضي[1].

وإن قال أولاً: هو لفلان، ثم قال: دفعه إليّ القاضي، يؤمر بتسليمه إلى المقر له الأول؛ لأنه لما أقر صح إقراره للأول ويلزمه، ثم قال: دفعه إليّ القاضي صار مقراً لمن أقر له القاضي، فإن سلّم إلى الأول بغير قضاء ضمن للثاني، وكذلك إن سلّم بقضاء فعند محمد رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله لا يضمن للثاني.

وإن قال القاضي المعزول: في يد فلان ألف درهم أمانة فلان اليتيم من تركة أبيه، وصدّقه ذو اليد ينظر إن لم يدفع أحد ورثته يكون لليتيم خاصة، وإن ادعى الورثة أنهم لم يستوفوا حقهم يكون مشتركاً بينه وبين سائر الورثة؛ لأنه لما أقرّ أنه كان لوالد اليتيم يصير ميراثاً لورثته؛ لأن اليد كان للقاضي فلم يبق قوله مقبولاً باستيفاء بقية الورثة حقوقهم؛ ولكن القاضي المولّى يحلّفهم على أنهم ما استوفوا حقوقهم كما إذا قضى دين الميت[2].

(**١٤٦٤**) أما إذا قال: "أمانة فلان اليتيم" ولم يقل "من تركة والده"، كان ذلك لليتيم خاصة، ولا يصدقون على دعواهم أنه من التركة إلا بحجة، فإن كان صك بمال على يدي رجل، وبيّن القاضي فيه سبب المال، وأشهد أنه لفلان اليتيم أصابه من تركة والده، وأن سائر الورثة قد أخذوا حقوقهم منه، فمجرد الصك لا يكون حجة إلاّ إذا ثبت عند القاضي المولّى أن سائر الورثة

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٤٨/٣.

٢ - الفتاوى الهندية ٣٤٨/٣.

قد أخذوا حقوقهم، فيكون المال حينئذٍ لليتيم[1].

[بيان ما يقضي القاضي بخلاف ما يعتقده المحكوم له، أو المحكوم عليه]

(١٤٦٥) وأما بيان ما يقضي القاضي بخلاف ما يعتقده المحكوم له أو المحكوم عليه، قال: رجل قال لامرأته: "أنت طالق البتة" وهو يراها واحدة رجعية، فراجعها، ورافعته إلى قاضٍ يراها ثلاثاً، وفرّق بينهما، أو كان الزوج يراها واحدةً بائنةً، وتزوّجها، ورافعته إلى قاضٍ يراها ثلاثاً، وفرّق بينهما نفذ هذا القضاء ظاهراً وباطناً[2]؛ لأن هذه المسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين[3] ولعلي رضي الله عنه فيه قولان في قول: تطليقة واحدة وفي قول ثلاث تطليقات[4]، فإذا قضي بكونها ثلاثاً كان قضاءً في محل الاجتهاد، فنفذ ظاهراً وباطناً، وإن قضى بأنها واحدة رجعية، وقد مسّها بعد الطلاق

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٨-٣٤٩.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٣.

٣ - وقد اختلف أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم في طلاق البتة، فروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جعل البتة واحدة، وروي عن عليّ رضي الله عنه أنه جعلها ثلاثاً، وقال بعض أهل العلم: فيه نية الرجل إن نوى واحدة فواحدة، وإن نوى ثلاثاً فثلاث وإن نوى ثنتين لم تكن إلا واحدة، وهو قول الثوري وأهل الكوفة، وقال مالك بن أنس في "البتة": إن كان قد دخل بها فهي ثلاث تطليقات، وقال الشافعي: إن نوى واحدة فواحدة يملك الرجعة، وإن نوى ثنتين، فثنتان وإن نوى ثلاثاً فثلاث (السنن للترمذي، الباب الثاني من كتاب الطلاق واللعان تحت حديث رقم: ١١٧٧، ٣-٤/٤٨٠-٤٨١.

٤ - انظر: تفصيل أقوال علي رضي الله عنه في "موسوعة فقه علي بن أبي طالب رضي الله عنه" ضمن ألفاظ اختلفت الرواية عن علي فيها (٤٤٠-٤٤٢).

بشهوة، وقضى بأنها امرأته، نفذ هذا القضاء أيضاً لمصادفته محلَ الاجتهاد[1].

(١٤٦٦) ولكن الزوج إن كان فقيهاً يتبع رأي القاضي على قول محمد رحمه الله، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله إن كان "مقضياً عليه" يتبع رأي القاضي، وإن كان "مقضياً له" يتبع أغلظ الأمرين حتى إذا قضى بالرجعة، وهو يعتقد بائناً يأخذ بالبائن.

(١٤٦٧) فالحاصل: أن المبتلى بالحادثة إن كان عامياً لا رأي له، فعليه أن يتبع حكم القاضي فيما قضى في تلك الحادثة، سواء حصل الحكم له بالحل، أو حصل الحكم عليه بالحرمة، وإن كان المبتلى بالحادثة فقيهاً له رأيٌ، وحكم القاضي بخلاف رأيه، إن حصل الحكم عليه بأن كان هو يعتقد الحل، وقضى عليه بالحرمة، فعليه أن يتبع حكم الحاكم، ويترك رأي نفسه بلا خلاف، وإن حصل الحكم له بأن كان هويعتقد الحرمة وقضى القاضي بالحل، ذكر في بعض المواضع: أنه يتبع حكم الحاكم، ويترك رأي نفسه من غير ذكر خلاف، وذكر في كتاب الاستحسان من المبسوط: أن على قول أبي يوسف رحمه الله لا يترك رأي نفسه، ولا يلتفت إلى إباحة القاضي فيما يعتقده حراماً[2].

وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله: رجل تزوّج امرأة ثم جن جنوناً مطبقاً، وله والد، فادعت المرأة أنه كان حلف قبل أن يتزوج بطلاق كل امرأة يتزوّجها ثلاثاً، قال: ينصب القاضي والده خصماً فإن نصبه، ورأى أن هذا

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٥٤/٣.

٢ - الفتاوى الهنديةذ ٣٥٤/٣.

القول ليس بشيء، فأبطله، وأمضى النكاح، ثم بريء الزوج ورأى وقوع الطلاق بهذا القول[1]، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يسعه المقام معها؛ لأن الحكم وقع له، وعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: يسعه المقام معها[2].

ولو أن فقيهاً قال لامرأته: "أنت طالق البتة"، وهو يراها ثلاثاً، فأمضى برأيه فيما بينه وبينها، وعزم أنها حرمت عليه، ثم رأى بعد ذلك أنها تطليقة رجعية، أمضى برأيه الذي كان عزم عليه؛ لأنه لما أمضى برأيه في ذلك صار بمترلة انضمام الحكم إليه، فلا ينقض بما حدث، بخلاف ما إذا قضى القاضي بخلاف رأيه الذي عزم عليه؛ لأن قضاء القاضي أقوى من رأيه فإن أمضاه جاز النقض به[3].

(١٤٦٨) وكذلك لو كان في الابتداء يرى أنها تطليقة رجعية، فعزم على أنها امرأته، ثم رأى بعد ذلك أنها ثلاث تطليقات، لم تحرم عليه؛ لما ذكرنا، أن الرأي إذا اتصل به الإمضاء لم ينقض باجتهاد آخر، ولو كان في الابتداء لم يعزم على ذلك، ولم يمض رأيه حتى رآها ثلاثاً لم يسعه المقام معها؛ لأن مجرد الاجتهاد يجوز أن ينقض باجتهاد مثله، ويصير كالناسخ له في حق وجوب العمل إلا إذا كان الإمضاء متصلاً بالأول[4].

---

١ - في الفتاوى الهندية العبارة: (هل يسعه المقام معها قال: نعم، وعلى قياس قول أبي يوسف) الخ.

٢ - الفتاوى الهندية ٣٥٤/٣.

٣ - الفتاوى الهندية ٣٥٤/٣.

٤ - الفتاوى الهندية ٣٥٥/٣.

[اختلاف الفتوى]

(١٤٦٩) وفي نوادر[1] داود بن رشيد عن محمد رحمه الله في رجل ليس بفقيه ابتلي بنازلة في امرأته، فسأل عنه فقيهاً، فأفتاه بأمر من تحريم أو تحليل، فعزم عليه، وأمضاه، ثم أفتاه ذلك الفقيه بعينه أو غيرُه من الفقهاء في امرأة أخرى له في عين[2] تلك النازلة بخلاف ذلك فأخذ به وعزم عليه، وسعه الأمران جميعاً.

ولو كان هذا الرجل سأل بعض الفقهاء عن نازلته، وأفتاه بحلال أو حرام، ولم يعزم على ذلك في زوجته حتى سأل فقيهاً آخر، فأفتاه بخلاف ما أفتاه به الأولُ، فأمضاه على زوجته، وترك فتوى الأول وسعه ذلك.

ولو كان أمضى قول الأول في زوجته وعزم عليه فيما بينه وبين امرأته ثم أفتاه فقيه آخر بخلاف ذلك، لا يسعه أن يدع ما عزم عليه، ويأخذ بفتوى آخر، قال محمد رحمه الله: هذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا[3].

١- وفي نسخة " أ " و "ب" (ابن داود ابن رشيد) وفي نسخة "ج" (في نوادر ابن سماعة داود بن رشيد) وفي الفتاوى الهندية (وفي نوادر داود بن رشيد).

٢ - وفي نسخة "ب" (غير تلك النازلة).

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٥.

(١٤٧٠) وفي شرح القدوري[1]: إذا لم يكن الرجل المبتلى بالحادثة فقيهاً، واستفتى إنساناً، فأفتاه بحلال أو بحرام، فإن لم يعزم على ذلك حتى أفتاه غيرُه بخلافه، فأخذ بقول الثاني، وأمضاه في منكوحته لم يجز له أن يترك ما أمضاه فيه، ويرجع إلى ما أفتى به الأول؛ لأنه متعبد بالتقليد، كالمجتهد متعبد بالاجتهاد، فكما يجب على المجتهد أن يعمل بما أمضاه، و لم يجز نقض ذلك بتبدّل الرأي، فكذا المقلّد إذا عزم على العمل بفتوى واحد من الأئمة لم يسعه أن ينقض ذلك بفتوى آخر.

(١٤٧١) وفي النوادر: إذا حلف الرجل بطلاق كل امرأة يتزوّجها فتزوّج امرأةً واستفتى فقيهاً عدلاً من أهل الفتوى والاجتهاد، فأفتاه ببطلان اليمين وسعه اتباع فتواه[2].

وفي النوادر أيضاً: إذا استفتى فقيهاً عدلاً من أهل الفتوى والاجتهاد فأفتاه ببطلان اليمين، وتبعه، فتزوّج امرأة أخرى، ثم استفتى فقيهاً آخر، فأفتاه بصحة اليمين يفارق الأخرى ويمسك الأولى عملاً بفتواهما، وهذا شيء يعلم ولا يفتى[3].

[رجوع القاضي عن قضائه]

(١٤٧٢) وأما بيان ما يقضي القاضي بقضية ثم بدا له أن يرجع عنها.

فإن كان الذي قضى به خطأً لا يختلف فيه الفقهاء، ردّه لا محالة؛ لأنه باطل، وإن كان ذلك مما يختلف فيه الفقهاء، أمضاه لا محالة وقضى في المستقبل

---

١ – وفي النسخ الثلاثة (في شرح القدوري).

٢ – الفتاوى الهندية ٣/٣٥٥.

٣ – الفتاوى الهندية ٣/٣٥٥-٣٥٦.

بما يرى أفضل؛ لأن التحوّل من رأي إلى رأي في المجتهدات جائز[1]؛ لأن المجتهد فيما اجتهد لا يكون مصيباً لا محالة؛ لأنه لا يعمل فيه بدليل قطعي، وإنما يعمل فيه بغالب الظنّ، والدليل الموجب للعمل بالرأي الأول غلبة الظن أنه هو الصواب فإذا غلب على ظنه أن الصواب هو الثاني دون الأول فقد وجد الدليل الموجب للعمل بالرأي الثاني فعمل به، إلا أنه إنما عمل بالرأي الثاني في المستقبل دون الماضي؛ لأن الرأي الثاني حدث الآن، ولم يكن موجوداً في الماضي فلا يجب العمل به حال عدمه؛ لأن الرأي الثاني ناسخ للأول، ويعمل بالناسخ في المستقبل دون الماضي، وإليه أشار عمر رضي الله عنه حيث قضى في حادثة بقضية، وقضى بعد ذلك في مثلها بخلافه فقيل له في ذلك فقال: "تلك كما قضينا وهذه كما نقضي"[2].

[قضاء القاضي إذا وقع بخلاف الحق]

(١٤٧٣) ثم قضاء القاضي إذا وقع بخلاف الحق فلا يخلو: إما أن أخطأ فيما قضى، أو تعمّد الجور، وأقرّ بذلك، فكل ذلك على وجهين: إما أن

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٤١/٣ حكاية عن الملتقط.

٢ - وكان عمر رضي الله عنه قبل ذلك يعطي الإخوة لأمّ فريضتهم وبذلك لا يبقى للإخوة الأشقاء شيء باعتبارهم عصبة، فلمّا أشرك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الثلث، قال له رجل: إنك لم تشرك بينهم عام كذا وكذا فقال عمر رضي الله عنه: تلك على ما قضينا يومئذٍ وهذه على ما قضينا (موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه /٥٨-٥٩، معزياً إلى عبد الرزاق ٢٤٩/١٠، وابن أبي شيبة ١٨١/٢، والمغني ٥٧/٩ وسنن البيهقي ٢٥٥/٦.

يكون ذلك في حقوق الله تعالى أو في حقوق العباد، فإن أخطأ في حقوق العباد إن أمكن التدارك والردّ بأن قضى بمال أو بطلاق امرأة أو عتاق عبدٍ ثم ظهر خطأه بأن ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون في القذف فإنه يبطل ذلك القضاء ويرد العبد رقيقاً، والمرأة إلى زوجها، والمال إلى من أخذ منه؛ لأنه لمّا بطل القضاء عاد الأمر إلى ما كان قبله، وإن أخطأ ولا يمكن ردّه بأن قضى بالقصاص واستوفي، لا يقتل المقضي له بالقصاص وإن تيقّن أنه قتل بغير حق، فالقياس أن يقتل المقضي له قصاصاً؛ لأنه ظهر أنه قتله بغير حق، إلا أن صورة القضاء أورثت شبهة مانعة وجوبَ القصاص؛ لأن القصاص مما يندرئ بالشبهات؛ ولكن تجب الدية في مال المقضي له؛ لأن القتل الحرام في دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة أو غرامة، وتعذّر إيجابُ العقوبة فيجب الغرامة في مال المقضي له؛ لأنه تعذّر الإيجاب على القاضي؛ لأن خطأه موضوع عنه، إمّا لأنه مأمور باتباع الظاهر وقد اتبع الظاهر، والإتيان بالمأمور به ينافي وجوب الضمان، وإما لأنه حينئذٍ يتقاعد عن أمر القضاء حتى لا يلزمه الضمان عند ظهور الخطأ الذي ليس في وسعه الاحتراز عنه فيؤدّي إلى تعطيل الأحكام هذا إذا ظهر خطأ القاضي بالبينة أو بإقرار المقضي له.

(١٤٧٤) أما إذا ظهر ذلك بإقرار القاضي لا يظهر ذلك في حق المقضي له؛ لأن حق المقضي له قد تعلّق بذلك، والقاضي بما قال، يريد إبطاله،

وهو نظير الشاهد إذا رجع عن شهادته لا يعمل رجوعه حتى لا ينقض القضاء؛ ولكن الشاهد يضمن كذا ههنا[1].

(١٤٧٥) وإن أخطأ في حقوق الله تعالى، ثم ظهر أن الشهود عبيد، أو كفار، أو محدودون في القذف، فضمان ذلك في بيت المال؛ لأنه تعذّر إيجاب الضمان على القاضي، وهذا القضاء كان لجماعة المسلمين فيكون الغرم في مالهم[2].

وإن قال القاضي: تعمّدت الجور، وأنا أعلم به، فهو ضامن؛ لأنه أقرّ بوجوب الضمان على نفسه، فيُعزل عن القضاء، هكذا ذكر في حدود الأصل، وهو قول عامة مشايخنا رحمهم الله؛ لأن خيانة القاضي على المقضي عليه وإتلافه على الغير سبب لوجوب الضمان عليه[3].

وذكر في موضع آخر: ويعزّر القاضي على ذلك؛ لارتكاب الجريمة العظيمة "ويعزل عن القضاء" ولم يقل: "وينعزل عن القضاء"، فهذا إشارة إلى أن القاضي بمجرد الفسق لا ينعزل، ولكن يستحق العزل، وقد ذكرنا هذا في صدر الكتاب[4].

(١٤٧٦) وأما بيان ما يقع قضاؤه بغير حق، ولم يعلم القاضي به، والكلام في هذا في مواضع: أحدها: في العقود والفسوخ، وفيها اختلاف على قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، فإن عندهما قضاء القاضي في العقود

---

١ – الفتاوى الهندية ٣/٣٤٢-٣٤٣.

٢ – الفتاوى الهندية ٣/٣٤٣.

٣ – الفتاوى الهندية ٣/٣٤٣.

٤ – الفتاوى الهندية ٣/٣٤٣؛ وانظر: الجزء الأول من هذا الكتاب ، رقم الفقرة ٣٢.

والفسوخ بشهادة الزور ينفذ ظاهراً وباطناً، ويباح للمقضي له أن يأخذ بما قضي له، وإن علم أنه مبطل في الدعوى، وقال أبو يوسف رحمه الله آخراً، وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله: "ينفذ ظاهراً لا باطناً"[1].

(١٤٧٧) وصورة المسألة في العقود كثيرة، من جملتها: رجل ادّعى على امرأة نكاحها، وهي تجحد، فأقام عليها شاهدي زور، وقضى القاضي بالنكاح بينهما، وسع للمقضي له أن يطأها، وللمرأة أن تمكّنه من نفسها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أولاً، وعلى قولهما وقوله الآخر: لا[2].

(١٤٧٨) وصورة المسألة في الفسخ كثيرة، من جملتها: امرأة ادّعت على زوجها أنه طلّقها ثلاثاً، وأقامت على ذلك شهود زور، وقضى القاضي بالفرقة بينهما، وتزوّجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة، فعلى قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الأول: لا يحلّ للزوج الأول أن يطأها ظاهراً وباطناً، ويحل للثاني وطؤها ظاهراً وباطناً، علم بحقيقة الحال أن الزوج الأول لم يطلّقها بأن كان الزوج الثاني من الشهود [أو لم يعلم بحقيقة الحال بأن كان الزوج الثاني أجنبياً[3]] وأما على قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله: لا يحل للثاني وطؤها إن كان عالماً بحقيقة الحال؛ لأن الفرقة عندهما لم تقع باطناً،

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٠.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٠-٣٥١.

٣ - زدنا هذه العبارة من الفتاوى الهندية ٣/٣٥١ لتصحيح المفهوم.

وإن لم يعلم بحقيقة الحال يحل له وطؤها، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادات من المبسوط، وهل يحل للأول وطؤها؟ على قول أبي يوسف الآخر: لا، مع أنه لم يقع الفرقة عنده باطناً؛ لأنه لو فعل ذلك كان زانياً عند الناس، هكذا ذكر في بعض المواضع، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادات: أن على قول أبي يوسف الآخر: يحل للأول وطؤها سراً، وعلى قول محمد رحمه الله: يحل للأوّل وطؤها ما لم يدخل بها الثاني، فإذا دخل بها الثاني لا يحل للأول وطؤها، سواء كان الثاني يعلم بحقيقة الحال أو لم يعلم.

وهذا الجواب على قول محمد رحمه الله ظاهر فيما إذا لم يعلم الثاني بحقيقة الحال؛ لأن الثاني تزوّجها وهي في الباطن منكوحة للأول عند محمد رحمه الله إلا أن الثاني لم يعلم به، فإذا دخل بها الثاني وجب عليها العدة من الثاني، فلا يحل للأول وطؤها وإن كانت امرأة للأول حتى تنقضي عدتها من الثاني.

ومشكل فيما إذا كان الثاني عالماً بحقيقة الحال؛ لأنه إذا كان عالماً بحقيقة الحال لا تجب العدة من الثاني بهذا الدخول؛ لأنه تزوجها، وهو يعلم أنها منكوحة للأول، فوقع نكاحه باطلاً، وكان هذا الوطء زناً، ومنكوحة الإنسان إذا زنت لا تجب عليها العدة، ولا تحرم على الزوج[1].

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٥١/٣.

(١٤٧٩) والوجه في ذلك: أن هذا نكاح اختلف العلماء في جوازه وكل نكاح هذا شأنه، فالدخول فيه يوجب العدة، كالنكاح بغير شهود، بخلاف نكاح معتدة الغير، أو منكوحة الغير، إذا كان يعلم أنها معتدة الغير، أو منكوحة الغير، فإن الدخول فيه لا يوجب العدة؛ لأن أحداً لم يقل بجواز ذلك النكاح، فلم ينعقد أصلاً، أما ههنا بخلافه.

(١٤٨٠) ومن جملة صور العقود: قال: فإذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور، فالحال لا يخلو: إما أن كان المدعي هو المشتري أو البائع، فإن كان المدعي هو المشتري نفذ قضاؤه ظاهراً لا باطناً على قول محمد رحمه الله، وعلى قول أبي حنيفة على التفصيل عند بعض أصحابنا رحمهم الله: إن كان الثمن المذكور مثل قيمة المبيع، أو أقلّ منه بقدر ما يتغابن الناس فيه، نفذ قضاؤه باطناً، وإن كان بغبن فاحش بقدر ما لا يتغابن الناس فيه، لا ينفذ قضاؤه باطناً.

(١٤٨١) وهكذا ذكر في المنتقى نصاً عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن طريق تصحيح القضاء باطناً عند أبي حنيفة رحمه الله في العقود والفسوخ: أن القاضي بقضائه يصير منشئاً لذلك التصرف، وإنما يصير القاضي منشئاً فيما له ولاية الإنشاء، وله ولاية إنشاء البيع في الجملة بمثل القيمة أو بما يتغابن فيه الناس، أما ليس له ولاية إنشاء البيع في الجملة بقدر ما

لا يتغابن الناس فيه؛ لأنه حينئذٍ يكون متبرّعاً بمقدار الغبن الفاحش، وليس للقاضي ولاية إنشاء التبرع في حق أحد ما.

(١٤٨٢) وقال بعضهم: ينفذ قضاؤه في كل الأحوال؛ لأن البيع، وإن كان بغبن فاحش لا يخرج من أن يكون مبادلةً، حتى جاز من المكاتب والعبد المأذون، وإن كانا لا يملكان التبرع، فينفذ قضاؤه باطناً كما في سائر المبادلات[1].

(١٤٨٣) وإن كان المدعي هو البائع وأقام على ذلك شهود زور، وقضى القاضي بذلك، حلّ للمشتري وطء الجارية عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: إن عزم المشتري على ترك الخصومة حلّ له وطؤها؛ لأن بدعوى البيع وُجد أحد شطري العقد، والقاضي بقضائه تولّى الشطر الآخر من جهة المشتري بغير رضاه، فيتوقّف على اختياره، فإن عزم على ترك الخصومة فقد اختاره، فينفذ في حقه.

هذا؛ إذا أقام المدعي شهود الزور، ولو حلف المشتري وردّ الجارية على البائع إن عزم البائع على ترك الخصومة حلّ له وطؤها؛ لأن بجحود المشتري انفسخ الشراء في حقه، كجحود الوكيل في حق الموكل؛ لأن جحود

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥١-٣٥٢ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٩٢-١٩٣، رقم الفقرة ٦٩٨.

ما عدا النكاح فسخ، والفسخ في حق البائع توقف على اختياره، فإذا عزم على ترك الخصومة فقد اختاره، وتمّ الفسخ بينهما فصار كإقالة البيع بتراضيهما[1].

(١٤٨٤) ثم اختلف مشايخنا رحمهم الله في تفصيل العزم: قال بعضهم: المراد هو العزم بالقلب، وقال بعضهم: أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب، ولا يكتفي بمجرد عزيمة القلب إلا أن يكون قد اقترن فعله وهو الوطء بعزيمة قلبه؛ لأن فسخ شيء من العقود لا يثبت بمجرد النية، ألا ترى! أنه لو كان في البيع خيار شرط أو خيار رؤية ونوى بقلبه الفسخ لا ينفسخ بمجرد النية[2].

(١٤٨٥) ومن جملة صور العقود: رجل ادعى على رجل هبةً مقبوضةً، وأقام على ذلك شهود زور، وقضى القاضي للمدعي، فعلى قول محمد رحمه الله: ينفذ القضاء ظاهراً لا باطناً حتى لا يحل للمقضي له الإنتفاع به[3].

وعن أبي حنيفة رحمه الله: فيه روايتان، بناءً على أن قضاء القاضي في التبرعات بشهادة الزور هل ينفذ باطناً أم لا؟ في رواية: لاينفذ، إذ ليس للقاضي ولاية إنشاء التبرع، وفي رواية أخرى: ينفذ؛ لأن له ولاية إنشاء التبرع في الجملة[4].

---

١ – الفتاوى الهندية ٣٥٢/٣.

٢ – الفتاوى الهندية ٣٥٢/٣.

٣ – الفتاوى الهندية ٣٥٢/٣.

٤ – الفتاوى الهندية ٣٥٢/٣ وقال: كذا في الذخيرة.

(١٤٨٦) وأما الأملاك المرسلة: فالقضاء فيها بشهادة الزور لا ينفذ باطناً بالإجماع؛ لأن هناك لا يمكن تصحيح القضاء باطناً؛ لأنه لا يمكن إنشاء الملك سابقاً؛ لأن إنشاء الملك مطلقاً بلا سبب ليس في وسع العباد وتعذّر إنشاء السبب؛ لأن أسباب الملك كثيرة، وليس البعض بأولى من البعض[1].

(١٤٨٧) وأما قضاء القاضي بالنسب بشهادة الزور، فقد قيل: إنه على الخلاف، وقيل: إنه لا ينفذ باطناً بلا خلاف[2].

وصورة المسألة: أمة ادعت على مولاها، أنها ابنته، وأنه أقرّ بذلك، وأقامت على ذلك شهود زور، وقضى القاضي بذلك حرم على المولى وطؤها عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لمحمد رحمه الله عند بعض المشايخ، وعند بعضهم: لا يحرم بالإجماع، فإن مات الأب، وترك ميراثاً هل يحل لها ميراثه؟ قال بعضهم: إنه على الخلاف، وقال بعضهم: لا يحل.

(١٤٨٨) فرّق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين القضاء في العقود، ووجه الفرق: أن الملك بالإرث ملك بطريق الخلافة، حتى يصير الوارث مضموناً بما اشتراه مورثه، ألا ترى! أنه يُردّ بالعيب ويُردّ عليه، فيكون هذا عين ما كان ثابتاً للمورث، والثابت له الملك المطلق، فثبت أن هذا دعوى ملك مطلق من حيث الحقيقة، وفي الأملاك المرسلة ينفذ ظاهراً لا باطناً، وقال بعضهم: يحل لها ميراثه.

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٥٢/٣.

٢ - الفتاوى الهندية ٣٥٢/٣.

وجه الفرق لمحمد رحمه الله: أن المرأة لا تعرف ثبات النسب حقيقـــة؛ لأن العلوق غيب، وكان حالها كحال القاضي في اعتمـــاده علـــى شـــهادة الشهود، بخلاف القضاء في العقود؛ لأنه يعرف أنه مبطل، والقاضي مخطـــيء، فلا يحل له بالقضاء ما كان حراماً من قبل[1].

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٥٣/٣، وانظر حول موضوع ما يحله القاضي وما لا يحلّه، شـــرح أدب القاضي للصدر الشهيد، الباب التاسع والأربعين، رقم الفقـــرة: ٦٧٧-٦٩٨ (١٧٢/٣-١٩٤).

بيان قضاء القاضي في المجتهدات

[القضاء بالمختلف فيه والمنسوخ]

(١٤٨٩) قال ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: كل أمر جاء عن النبي عليه السلام أنه فعل، وجاء عنه غير ذلك الفعل، أو جاء عن أحد من الصحابة رضي الله عنه، وجاء عن ذلك الصحابي، أو عن غيره من الصحابة خلافُه، وعمل الناس بأحد الأمرين دون الآخر، أو عمل بأحد القولين ولم يعمل بالآخر، ولم يحكم به أحد من حكام المسلمين فهو متروك منسوخ، حتى لو حكم به حاكم من أهل زماننا، لم يجز ذلك الحكم.

(١٤٩٠) وإن قضى بالنص؛ لأنه ثبت انتساخه بإجماع الأمة، حيث لم يعمل به أحد من الأمة، والعمل بالمنسوخ باطل[1].

(١٤٩١) وإنما يجوز ذلك فيما اختلف فيه الناس، وحَكَمَ به حاكم من حكام أهل الأمصار، فأخذ بعضهم بقول واحد، وبعضهم بقول الآخر، أشار إلى أن بمجرد خلاف بعض العلماء لا يصير المحل محل الاجتهاد، ما لم يعتبره العلماء، وسوّغوا له الاجتهاد، ألا ترى! أن عبد الله بن عباس[2] رضي

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٦.

٢ - عبد الله بن العباس ابن عم رسول الله ﷺ مولود شعب بني هاشم قبل الهجرة بثلاث، وكان حبراً وبحراً، ودعا له النبي ﷺ أن يعطى لساناً سؤولاً، وقلباً عقولاً، غزا إفريقية مع عبد الله بن سعد سنة سبع وعشرين، وكان أعلم الناس بتأويل القرآن، مات بالطائف سنة ثمان وستين، وكان عمره يومئذ إحدى وسبعين (الإصابة ٢/٣٣٠-٣٣٤).

الله عنهما كان من فقهاء الصحابة، ثم لما لم يسوّغوا له الاجتهاد في ربا النقد، أنكر عليه أبو سعيد الخدري[1] رضي الله عنه[2].

---

١ - أبو سعيد الخدري سعد بن مالك بن سنان الأنصاري، الخزرجي، المدني، كان من علماء الصحابة ممن شهد بيعة الشجرة، روى حديثاً كثيراً، وأفتى مدة، وأبوه من شهداء أحد، عاش أبو سعيد ستاً وثمانين سنةً، حدّث عنه ابن عمر وجابر بن عبد الله، وغيرهما من الصحابة، مات في أول سنة أربع وسبعين، ويروى: أن أبا سعيد كان من أهل الصفة، وحديثه كثير، فمنه في الصحيحين ثلاثة وأربعون حديثاً، وانفرد البخاري بستة عشر حديثاً له، وانفرد مسلم له باثنين وخمسين حديثاً، رضي الله عنه (تذكرة الحفاظ ١/٣٦).

٢ - اتفقت الرواية عن ابن عباس رضي الله عنه على عدم تحريم ربا الفضل في مبدأ أمره، والذي أحلّه عبد الله بن عباس: هو بيع الشيء بجنسه متفاضلاً مقبوضاً في الحال، فيجوز عنده بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة متفاضلاً مقبوضاً.

ثم اختلفت الرواية عن ابن عباس رضي الله عنه في رجوعه عن ذلك، والقول: بتحريم ربا الفضل، ففي رواية عنه: أنه بقي على التحليل حتى آخر حياته، وفي رواية أخرى: أنه رجع عن قوله في حل ربا الفضل، وصار أخيراً إلى تحريمه، وقد بدأ هذا التحول عند بن عباس عند ما لقي أبو سعيد الخدري رضي الله عنه ابن عباس، وناظره في حل ربا الفضل، فقد روى أبو صالح قال: لقي أبو سعيد الخدري ابن عباس، فقال: أرأيت ما تفتي في الصرف؟ أشيء وجدته في كتاب الله تعالى أم من سنة رسول الله ﷺ؟ فقال: كل ذلك لا أقول، وفي رواية: لا؛ كلّ ذلك، وأنتم أصحاب محمد ﷺ أعلم برسول الله ﷺ منّي ولكن أسامة بن زيد أخبرني أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: (الربا في النسيئة)، وفي رواية: (لا ربا إلا في النسيئة).

قال أبو سعيد الخدري: فأنا سمعته يقول: (الذهب بالذهب مثل بمثل، والفضة بالفضة مثل بمثل) فإقرار ابن عباس بعلم أبي سعيد وأضرابه، وسكوته بعد ما سمعه من حديث رسول الله ﷺ في تحريم ربا الفضل، يدل على إقراره أبا سعيد الخدري فيما ذهب إليه من التحريم (موسوعة فقه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما /٣٣٨-٣٣٩ معزيًا إلى نيل الأوطار=

(١٤٩٢) ثم "قوله: وإنما يجوز ذلك فيما اختلف فيه الناس" يشير إلى أن العبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهداً فيه، وفي بعض المواضع: يشير إلى أن العبرة لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف[١].

(١٤٩٣) وفي المنتقى مسائل كثيرة، تدل على أن العبرة لاشتباه الدليل، وهكذا ذكر محمد رحمه الله في السير الكبير في أبواب الأنفال، وسيأتي بعد هذا في موضعه إن شاء الله تعالى[٢].

ثم إن الخصاف رحمه الله لم يعتبر الخلاف بيننا وبين مالك والشافعي رحمهما الله؛ لأنهما لم يكونا من المجتهدين حين وضعوا المسائل، ولم يكونا ممن يرجع إليهما في الفتوى، وإن كانا من الفقهاء، هكذا ذكر الصدر الإمام أستاذ الأئمة ظهير الدين رحمه الله في الأقضية، وإنما اعتبر الخلاف بين المتقدمين، والمراد من المتقدمين الصحابة رضوان الله عليهم، ومن معهم، ومن بعدهم من السلف رضي الله عنهم[٣].

=٢٩٨/٥، وسبل السلام ٣٧/٤/؛ والمغني ١/٤؛ وعبد الرزاق ١١٧/٨ وأخرجه البخاري في صحيحه في كتاب البيوع باب بيع الفضة بالفضة، رقم الحديث ١١٧٦، وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب المساقاة ، باب الربا ، رقم الحديث ١٥٨٤، وأحكام القرآن للجصاص ٤٦٦/١.

١ - الفتاوى الهندية ٣٥٦/٣- ٣٥٧ وجامع الفصولين ٢٧/١.

٢ - الفتاوى الهندية ٣٥٧/٣.

٣ - في الفتاوى الهندية ، العبارة: ثم قوله: وإنما يجيز من ذلك ما اختلف فيه الناس يشير إلى أن العبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهداً فيه، وهو اختيار الخصاف إلا أنه لم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله، إنما اعتبر الخلاف بين المتقدمين، والمراد من=

=المتقدمين الصحابة رضي الله تعالى عنهم، ومن معهم، ومن بعدهم من السلف، والقاضي الإمام علي السغدي اعتبر خلاف الشافعي رحمه الله في مسألة مذكورة في آخر السير الكبير..........

وفي المنتقى: يشير إلى أن العبرة لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف، وهكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الجامع، وفي السير الكبير، وهكذا ذكره صاحب الأقضية (الفتاوى الهندية ٣/٣٥٧).

وفي شرح أدب القاضي للصدر الشهيد، قال: ولو أن قاضياً قضى بشاهد ويمين، أو بقتل بقسامة، أو بيع أم الولد، ثم رفع ذلك إلى قاضٍ آخر، فإن هذا مما لا ينبغي لهذا القاضي أن ينفذه، أما الأول: فلأن هذا القضاء يخالف الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ لأن الله تعالى شرع فصل القضاء بشهادة رجلين أو رجلٍ وامرأتين، فكان الفصل في القضاء بشاهد ويمين، مخالفاً للكتاب، والحديث فيه شاذّ، لا يجوز العمل به على مخالفة كتاب الله تعالى، فلم يعتبر الاختلاف بيننا وبين الشافعيّ رحمه الله، وإنما اعتبر الخلاف بين المتقدمين، والمراد من المتقدمين الصحابة رضي الله عنهم ومن كان معهم، ولم يقض أحد من المتقدمين بشاهد ويمين إلا مروان بن الحكم وفعله مما لا يؤخذ به، فلا يكون هذا مجتهداً، وأما الثاني: وهو القتل بالقسامة، فيريد به أن القتيل إذا وجد في محلة، وبينه وبين أحد من أهل المحلة عداوة ظاهرة، والعهد قريب من حيث الدخول في المحلة إلى أن يوجد قتيلاً، فعيّن ولي القتيل في المحلة رجلين أنهما قتلاه، وحلف على ذلك، فعند مالك رحمه الله وهو قول الشافعي في القديم: يقضي القاضي له بالقود وعندنا: لا يقضي بذلك، فإذا قضى به ثم رفع إلى قاضٍ آخر ينقض هذا القضاء؛ لأن هذا القضاء يخالف الإجماع لما أن مالكاً لم يكن موجوداً في الصحابة، فلا يكون قوله معتبراً (٣/١٢٣-١٢٥، رقم الفقرة: ٦٤٥.

وفي رد المحتار: كذا ما في الفتح عن المنتقى: من أن العبرة في كون المحلّ مجتهداً فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف، قال في الفتح: ولا يخفى أن كل خلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله أو غيره، محلّ اشتباه الدليل، فلا يجوز نقضه بلا توقف على كونه بين الصدر=

قال صاحب الأقضية: وإذا زنى رجل بأم امرأته، ولم يدخل بها، فجلده القاضي، ورأى أن لا يحرّمها، فأقرّها معه، وقضى بذلك، نفذ قضاؤه[1]؛ لأنه قضى في محل مجتهد فيه، فإن بين الصحابة رضوان الله عليهم اختلافاً في هذه الصورة، فعلي[2] وابن مسعود[3]

=الأول، والّذي حقّقه في البحر: أن صاحب الهداية أشار إلى القولين، فإنه ذكر أولاً عبارة القدوري، وهي: "وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه، إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع، وذكر ثانياً عبارة الجامع الصغير، وهي: ومااختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي، ثم جاء قاضٍ آخر يرى غير ذلك أمضاه، فما ذكره أصحاب الفتاوى من المسائل الآتية التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي مبني على عبارة القدورى لا على ما في الجامع، ومن قال: لا اعتبار بخلاف مالك والشافعي رحمه الله، اعتمد قول القدوري ومن قال: باعتباره، اعتمد ما في الجامع، وفي الواقعات الحسامية: عن الفقيه أبي الليث وبه: أي بما في الجامع نأخذ، لكن في شرح أدب القضاء: أن الفتوى على ما في القدوري، انتهى ملخصاً، فقد ظهر قولان مصحّحان، والمتون علىما في القدوري، والأوجه ما في الجامع، ولذا رجّحه في الفتح (رد المحتار ٨/٨٨، ط: دار الكتب العلمية ، بيروت).

وانظر حول الموضوع: روضة القضاة ١/٣٢٣-٣٢٦.

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٨؛ وانظر: السنن للترمذي، رقم الحديث: ١١١٧، كتاب النكاح.

٢ - انظر: موسوعة فقه علي بن أبي طالب رضي الله عنه/٥٨٢ معزياً إلى مسند زيد ٤/٢٣٣؛ والمغني لابن قدامة ٦/٥٧٠؛ وابن أبي شيبة ١/٢١٢؛ وتفسير الطبري ٤/٣٢١.

٣ - وقد كان ابن مسعود يرى أن مجرد العقد على البنت لا يحرّم الأم ما لم يحدث دخول، ولكنه لم يلبث أن رجع عن ذلك إلى أن تحريم الأمهات على التأبيد يتمّ بالعقد على بناتهنّ دون شرط الدخول، وذلك في حادثة معروفة: وهي أن رجلاً تزوّج امرأة من بني شمخ بن فزارة، ثم رأى أمها فأعجبته، فذهب إلى ابن مسعود رضي الله عنه فقال: إني تزوّجت امرأة فلم أدخل بها، ثم أعجبتني أمها، فأطلق المرأة وأتزوّج أمها؟ قال ابن=

وعمران بن حصين[1] وأبي بن كعب رضي الله عنهم قالوا: بالحرمة، وابن عباس رضي الله عنه[2] كان لا يقول بالحرمة، وكان يقول: الحرام لا يحرم الحلال، وربما كان يرويه مرفوعاً إلى رسول الله عليه السلام، ثم نفاذ هذا القضاء في حق المقضي عليه متفق عليه، وفي حق المقضي له إن كان جاهلاً فكذلك، وإن كان عالماً، فعلى الخلاف الذي ذكرناه آنفاً.

=مسعود رضي الله؛ نعم، فطلّقها وتزوج أمها، فأتى ابن مسعود المدينة، فسأل أصحاب رسول الله ﷺ، فقالوا: لا يصلح، ثم قدم الكوفة فأتى بني شمخ، فقال: أين الرجل الذي تزوّج أم المرأة التي كانت عنده؟ فقالوا: هاهنا، فقال: فليفارقها، قالوا: كيف وقد نثرت له بطنها. قال: وإن كانت فعلت فليفارقها، فإنها حرام من الله عزّ وجلّ. (موسوعة فقه عبد الله بن مسعود /٤٧٣: نكاح، معزياً إلى مصنف عبد الرزاق ٢٧٣/٦؛ وموطأ الإمام مالك ٥٣٣/٢؛ وابن أبي شيبة ٢٠٢/١؛ وغيرها من المصادر).

١ - عمران بن حصين بن عبيد بن خلف بن عبدنهم بن سالم بن غاضرة بن ساول بن كعب بن عمرو الخزاعي، الكعبي، يكنى أبا نجيد بابنه نجيد بن عمران، أسلم أبو هريرة وعمران بن الحصين عام خيبر، وقال: خليفة استقضى عبد الله بن عامر عمران بن حصين على البصرة، فأقام قاضياً يسيراً، ثم استعفى فأعفاه، وكان من فضلاء الصحابة وفقهائهم، يقول عنه أهل البصرة: إنه كان يرى الحفظة، وكانت تكلّمه حتى اكتوى، قال محمد بن سيرين: أفضل من نزل البصرة من أصحاب رسول الله ﷺ عمران بن الحصين، وأبو بكرة، سكن عمران بن حصين البصرة، ومات بها سنة ثنتين وخمسين في خلافة معاوية، روى عنه جماعة من تابعي أهل البصرة والكوفة، (الاستيعاب على هامش الإصابة ٢٢/٣-٢٣.

٢ - موسوعة فقه عبد الله بن عباس /٦٦٧ معزياً إلى أحكام القرآن للجصاص ١٢٧/٢.

[حجية قول الصحابي]

(**١٤٩٤**) وذكر القدوري رحمه الله في شرحه: إذا ورد عن الصحابي قول[1]، وورد عن أقرانه ونظرائه خلاف ذلك، فإن قوله: "لا يكون حجة" ولا يجب علينا تقليده، لو قضى القاضي بأحد القولين كان قضاؤه في مجتهد فيه فينفذ[2].

وذكر هذه المسألة: أن الرجل إذا خيّر امرأته، فاختارت زوجها أو اختارت نفسها، فعلى قول عمر[3] وابن مسعود[4] رضي الله عنهما: إن اختارت زوجها فهي امرأته، وإن اختارت نفسها فهي تطليقة بائنة، وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه: إن اختارت زوجها فهي امرأته، وإن اختارت

---

١ - هكذا في نسخة " أ " وفي نسخة "ب" (إذا ورد عن الصحابي قولا ورد عن أقرانه إلخ) وفي نسخة "ج" (إذا ورد من الصحابي قول، وورد عن أقرانه إلخ).

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/١٨٠، رقم الفقرة: ٣٧.

٣ - روى ابن أبي شيبة عن زازان: أن علياً رضي الله عنه حكى قول عمر بن الخطاب، "إن اختارت نفسها فواحدة وإن اختارت زوجها فلا شيء، وهو أحق بها"، كان علي رضي الله عنه يقول: إن اختارت نفسها فواحدة، وهو أحق بها (مصنف، بن أبي شيبة ١/٢٣٩)، وانظر حول الموضوع: موسوعة فقه علي بن أبي طالب رضي الله عنه /٤٣٣-٤٣٤، وأيضاً موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه /٦١٩-٦٢٠.

٤ - ذكر ابن أبي شيبة عن ابن مسعود رضي الله عنه: أنه إذا خيّر الرجل امرأته، فاختارت نفسها فهي واحدة بائنة، وفي رواية أخرى عن ابن مسعود: أن طلقته طلقة رجعية. والدكتور رواس قلعة جي قال: رواية وقوع طلقة بائنة رواية شاذة ورواية وقوع طلقة رجعية هو المحفوظ (انظر: موسوعة فقه عبد الله بن مسعود /٣٧٠-٣٧١).

نفسها فهي ثلاث تطليقات[1]، وعلى قول علي رضي الله عنه: إن اختارت زوجها فهي تطليقة رجعية، وإن اختارت نفسها فهي بائنة[2]، وعلى قول أهل المدينة إن اختارت زوجها فقد بانت منه.

(١٤٩٥) فإذا قضى القاضي بقول أحد من هؤلاء ينفذ قضاؤه؛ لأن هذه المسألة كانت مختلفاً فيها في الصدر الأول، ولم ينعقد الإجماع في الصدر الثاني على اختلاف ذلك، حتى لو انعقد الإجماع في الصدر الثاني على خلاف ما ورد من الصحابي، لا ينفذ قضاؤه على ما سنبين بعد هذا إن شاء الله تعالى، وإن ورد عن الصحابي قول، ولم يرد عن أقرانه ونظرائه خلاف ذلك، ففي كونه حجةً ووجوب تقليده علينا، اختلاف المشايخ.

قال السيد الإمام أبو شجاع رحمه الله: ليس من أصحابنا المتقدمين رحمهم الله في هذا نص، وحكى أبو عمرو[3] الطبري عن أبي سعيد[4]

---

١ - انظر: موسوعة فقه زيد بن ثابت رضي الله عنه /١٤٤-١٤٦.

٢ - انظر: موسوعة فقه علي بن أبي طالب رضي الله عنه /٤٣٢-٤٣٣.

٣ - أحمد بن محمد بن عبد الرحمن أبو عمرو الطبري، الملقّب بابن دانكا، أحد الفقهاء الكبار، من طبقة الحسن الكرخي وأبي جعفر الطحاوي، تفقه على أبي سعيد البردعي، له "شرح الجامعين"، ذكره ابن نجّار في تاريخه، والخطيب في الكنى، ولم يسمّه، قال قاضي القضاة أبو عبد الله الدامغاني: حدثني القاضي الصيمري قال: كان أبو عمرو الطبريّ، فقيهاً ببغداد، يدرّس في حياة أبي الحسن الكرخي، وكانت وفاته سنة أربعين وثلاثمائة (الجواهر المضية ١/٢٩١-٢٩٣؛ رقم الترجمة ٢١٦؛ والفوائد البهية /٣٥).

٤ - أحمد بن الحسين، أبو سعيد البردعي، سكن بغداد، أحد الفقهاء الكبار وأحد المتقدمين من مشايخنا ببغداد، تفقه على أبي علي الدقّاق وعلى بن موسى بن نصر، تفقه عليه أبو الحسن=

البردعي رحمهم الله، أنه كان يقول: قول الواحد من الصحابة رضي الله عنهم مقدَّم على القياس، ويترك القياس بقوله، ويجب علينا تقليده، ويكون حجة، وعلى هذا أدركنا مشايخنا.

[تقديم قول الصحابي على القياس]

(١٤٩٦) وذكر الشيخ الإمام الفقيه أبو بكر الرازي عن الشيخ الإمام الفقيه أبي الحسن الكرخي رحمهما الله: أنه كان يقول: أرى أبا يوسف رحمه الله في بعض مسائله يقول: القياس كذا، إلا أني تركته للأثر، وذلك الأثر قول واحد من الصحابة، فهذه دلالة بيِّنة من مذهبه على تقديم قول الصحابي على القياس.

قال: أما أنا فلا يعجبني هذا المذهب، وهذا الذي ذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمهما الله موجود في كثير من المسائل عن أصحابنا رحمهم الله، فقد قالوا في المضمضة والاستنشاق: إنهما سنتان في القياس في الجنابة، والوضوء جميعاً، لأن الفم محل تجاذبه دليلان، أحدهما: يقتضي كونه ظاهراً والآخر يقضي كونه باطناً وذلك ثابت بالحكم والحقيقة.

=الكرخي وأبو طاهر الدبّاس القاضي وأبو عمرو الطبريّ، وأقام أبو سعيد ببغداد سنين كثيرةً يدرّس، ثم خرج إلى الحج، فقتل في وقعة القرامطة مع الحاجّ سنة سبع عشرة وثلاثمائة، البردعي؛ بالباء الموحدة وسكون الرّاء وفتح الدال المهملة وفي آخرها العين المهملة، هذه النسبة إلى بردعة، وهي بلدة من أقصى أذربيجان (الجواهر المضية ١/١٦٣-١٦٦، رقم الترجمة /١٠٣؛ والفوائد البهية /١٩-٢١).

أما الأول: فإن الصائم إذا شحا فاه حتى تطاير فيه ثلج، أو ما أشبه، ثم مجّه من ساعة يفسد صومه[1]، وأمّا الثاني: فإن الصائم إذا استرط[2] ريقه، لا يفسد صومه، وقد تركنا القياس بقول ابن عباس[3] رضي الله عنه، وقالوا في الإغماء: إذا كان يوماً وليلة أو أقل، فإنه يمنع قضاء الصلاة في القياس، وتركناه بفعل[4] عمار بن ياسر[5] رضي الله عنه.

وقالوا في إقرار المريض لوارثه: إنه جائز[6] في القياس، تركناه بقول ابن[7] عمر رضي الله عنهما، فهذا يدل على جواز تقليد الصحابي، وتقديم قول الصحابي على القياس.

---

١ - قال في الهداية: واختلفوا في المطر والثلج، والأصح أنه يفسد لإمكان الامتناع عنه، إذا آواه خيمة أو سقف.

٢ - سرطت الشيء بالكسرة أسرطه سرطاً بلعته واسترطه أي ابتلعه (الصحاح).

٣ - وذكر في مصنف ابن أبي شيبة ١/١٣٠ ب ما يفيد ذلك انظر: موسوعة فقه عبد الله بن عباس /٤٨٩.

٤ - انظر: حاشية الهداية للعلامة اللكنوي معزياً إلى العناية ٦٥/٢، كتاب الصلاة ، باب قضاء الفوائت.

٥ - عمار بن ياسر بن عامر بن مالك...كان من السابقين الأولين هو وأبوه، وكانوا ممن يعذّب في الله، فكان النبي ﷺ يمرّ عليهم فيقول: صبراً آل ياسر، موعدكم الجنة، واختلف في هجرته إلى الحبشة وهاجر إلى المدينة وشهد المشاهد كلها وتواترت الأحاديث عن النبي ﷺ: "أن عماراً تقتله الفئة الباغية" وأجمعوا على أنه قتل مع علي بصفين سنة سبع وثمانين في ربيع، وله ثلاث وتسعون سنة، وأجمعوا على أنه نزل فيه: "إلاّ من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان" وروى عن النبي ﷺ عدة أحاديث، وروى عنه من الصحابة أبو موسى، وابن عباس، وعبد الله بن جعفر وأبو لاس الخزاعي، وأبو الطفيل، وجماعة من التابعين (الإصابة في تمييز الصحابة ٥١٢/٢-٥١٣).

٦ - عن نافع مولى ابن عمر عن ابن عمر قال: إذا أقر المريض في مرضه بدين لرجل فإنه جائز (موسوعة فقه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما /١٤٥).

٧ - عبد الله بن عمر أبو عبد الرحمن العدوي المدني الفقيه، أحد الأعلام في العلم والعمل، وشهد الخندق، وهو من أهل بيعة رضوان، توفي في أول سنة أربع وسبعين، وهوشقيق أم المؤمنين حفصة رضي الله عنها، قال جابر: ما منّا إلا من مالت به الدنيا ومال بها إلا عبد الله بن عمر رضي الله عنه (تذكرة الحفاظ ٣١/١-٣٣.

[تقليد المجتهد للمجتهد]

(١٤٩٧) واختلفت الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله، أنه قال: يجوز للمجتهد تقليد مجتهد آخر، وإن كان له رأي ودليل يعني يترك رأي نفسه ودليل نفسه، فيقول: هو أعلم وأفقه وأورع مني، فاتبع دليله ورأيه.

[تقليد الصحابي]

(١٤٩٨) وهذه إشارة من أبي حنيفة رحمه الله على جواز تقليد الصحابي؛ لأنه لما جاز له تقليد مجتهد آخر، فلأن يجوز له تقليد الصحابي أولى، وروي عنه أيضاً أنه قال: أقلد من كان منهم فقيهاً وقاضياً، ولا أقلّد من سواهم، وفي رواية: أقلّد جميع الصحابة من كان صاحب صحبة لا صاحب رؤية إلا بثلاثة نفرٍ، منهم: أنس[1] بن مالك،

---

١ - أنس بن مالك بن نضر أبو حمزة الأنصاري، الخزرجي، خادم رسول الله ﷺ وأحد المكثرين من الرواية عنه، خرج مع رسول الله ﷺ إلى بدر، وهو غلام يخدمه، خدم النبي ﷺ عشر سنين، ودعا له النبي ﷺ وأقام بالبصرة، وتوفي بها، وكان آخر أصحابه موتاً بالبصرة، قيل: مات رضي الله عنه، سنة تسعين وقال بعضهم: سنة إحدى وتسعين، وقال أبو نعيم الكوفي: مات سنة ثلاث وتسعين (الإصابة ١/٧١-٧٢).

وأبو هريرة[1]، وسمرة[2] بن جندب رضي الله عنهم، أما أنس رضي الله عنه، فإنه رقّ عقله في آخر عمره، وكان يستفتي من علقمة[3]، وأنا لا أقلّد علقمة

---

١ - أبو هريرة الدوسي اليماني، الحافظ الفقيه صاحب رسول الله ﷺ، عبد الرحمن بن صخر على الأشهر، قدم أبو هريرة مهاجراً ليالي فتح خيبر، حفظ عن النبي ﷺ الكثير، وعن أبي بكر، وعمر، وأبي بن كعب، وعنه خلق كثير، وكان من أوعية العلم ومن كبار أئمة الفتوى، مع الجلالة والعبادة والتواضع، ولِّي امرة المدينة، وناب أيضاً عن مروان في إمرتها، توفي سنة ثمان وخمسين، وقال بعضهم: سنة تسع وقيل: سنة سبع وخمسين (تذكرة الحفاظ ١/٢٨-٣١).

٢ - سمرة بن جندب بن هلال، سكن البصرة، وكان زياد يستخلفه عليها ستة أشهر، وعلى الكوفة ستة أشهر، فلمّا مات زياد استخلفه على البصرة، فأقره معاوية عليها عاماً، أو نحوه، ثم عزله وكان شديداً على الحرورية، وقال ابن سيرين: في رسالة سمرة إلى بنيه علم كثير، وقال أيضاً: كان سمرة -ما علمت- عظيم الأمانة، صدوق الحديث، يحب الإسلام وأهله، وكان من الحفاظ المكثرين عن رسول الله ﷺ، وكانت وفاته بالبصرة في خلافة معاوية سنة ثمان وخمسين، وروى عن سمرة من الصحابة عمران بن حصين، وروى عنه كبار التابعين بالبصرة (الاستيعاب في معرفة الأصحاب على هامش الإصابة في تمييز الصحابة ٢/٧٧-٧٩).

٣ - علقمة بن قيس بن عبد الله، فقيه العراق الإمام أبو شبل النخعي الكوفي، خال إبراهيم الكوفي، وعم الأسد، ولد في حياة رسول الله ﷺ، وسمع من عمر وعثمان وابن مسعود وعلي وأبي الدرداء، كان من أنبل أصحاب ابن مسعود، وقال ابن مسعود: ما أقرأ شيئاً وما أعلم شيئاً إلا علقمة يقرؤه ويعلمه، وكان فقيهاً إماماً بارعاً، طيّب الصوت بالقرآن، ثبتاً فيما ينقل، صاحب خير وورع، كان يشبه ابن مسعود في هديه، ودله، وسمته، وفضله، وكان أعرج، أخذ عنه إبراهيم، وإبراهيم بن سويد النخعي، والشعبي، وطائفة، مات سنة اثنتين وستين (تذكرة الحفاظ ١/٣٩).

وأما أبو هريرة رضي الله عنه فإنه كان يروي كل ما سمع من غير أن يتأمل في المعنى، حتى حجر عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن الفتوى، وأما سمرة فإنه بلغني عنه أمر ساءني[1].

(١٤٩٩) وعمل علمائنا رحمهم الله في هذه المسائل مختلف فإن محمداً رحمه الله استدلّ في الكتاب في مواضع كثيرة على جواز تقليد الصحابيّ.

حتى قال في كتاب البيوع: إعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على قدره شرط لجواز السلم عند أبي حنيفة؛ بلغنا ذلك عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وخالفه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في ذلك بالرأي، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: فيمن اشترى شيئاً على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، فالعقد فاسد في القياس، تركناه لأثر يروى عن ابن عمر رضي الله عنهما[2].

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا ضاع العين في يد الأجير المشترك بما يمكن التحرز عنه فهو ضامن لأثر روي فيه عن علي رضي الله

---

١ – انظر: مسألة تقليد الصحابي بالتفصيل في شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/١٨٣-١٨٥، رقم الفقرة ٣٩-٤١، والهداية ٥/٢٤١، كتاب البيوع، باب السلم، "هذا ما قاله أبو حنيفة رحمه الله في تقليدهم، وأما روايتهم فقال: أما فيما رووا عن رسول الله ﷺ فيؤخذ بروايتهم؛ لأن كل أحد منهم موثوق به فيما يروي" (شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/١٨٥).

٢ – انظر: موسوعة فقه عبد الله بن عمر /١٩١؛ وموسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه/٢٩٣.

عنه[1]، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا ضمان عليه؛ لأنه أمانة في يده، فأخذ بالرأي مع الرواية بخلافه عن علي رضي الله عنه، وقال محمد رحمه الله: لا تطلّق الحامل أكثر من واحد للسنّة بلغنا ذلك[2] عن ابن مسعود وجابر[3] رضي الله عنهما، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: إنما تطلّق ثلاثاً بالرأي، وقال أصحابنا رحمهم الله: يجوز التيمم للجنب لأجل الصلاة، وقال عمر وابن مسعود رضي الله عنهما: لا يجوز التيمم للجنب[4]، فعرفنا أن عمل علمائنا

---

١ - موسوعة فقه علي رضي الله عنه /٢١-٢٢.

٢ - قال في فتح القدير: "بلغنا ذلك عن ابن مسعود، وجابر بن عبد الله، والحسن البصري (٤٦٠/٣، كتاب الطلاق) لم نجد أثر ابن مسعود وجابر بن عبد الله، ولكن وجدنا أثر الحسن البصري في موسوعة فقه الحسن البصري للدكتور روّاس قلعة جي، وفيه: لا تزاد الحامل على تطليقة حتى تضع، فإذا وضعت فقد بانت منه (٦٨٣/٢).

٣ - جابر بن عبد الله بن عمرو الأنصاري السلمي، أحد المكثرين عن النبي ﷺ، وروى عنه جماعة من الصحابة، وله ولأبيه صحبة، وفي الصحيح عنه: أنه كان مع من شهد العقبة، وعن قتادة قال: كان آخر أصحاب رسول الله ﷺ موتاً بالمدينة "جابر"، قال يحيى بن بكير وغيره: مات جابر سنة ثمان وسبعين (الإصابة ٢١٣/١).

٤ - ذكر الدكتور روّاس قلعة جي في موسوعة فقه عمر رضي الله عنه روايةً ذكرها البخاري في التيمم، ومسلم برقم ٣٦٨ في الحيض باب التيمم، وأبو داود برقم ٣٢١ في الطهارة والنسائي في الطهارة باب تيمم الجنب وهي: أن رجلاً أتى عمر فقال: إني أجنبت، و لم أجد ماء؟ فقال: لا تصلّ، فقال عمار: أما تذكر يا أمير المؤمنين إذ أنا وأنت في سرية، فأصابتنا جنابة، فلم نجد الماء، فأما أنت فلم تصل، وأما أنا فتمعكت في التراب، وصليت؟ فقال رسول الله ﷺ إنما يكفيك أن تضرب بيديك الأرض ثم تنفخ ثم تمسّ بهما وجهك وكفيك، فقال عمر: اتق الله يا عمّار، فقال: إن شئت لم أحدّث به، فقال=

رحمهم الله بهذا في مسائلهم مختلف، وللشافعي رحمه الله فيه أقوال: في قول يقول: تقليد أبي بكر وعمر رضي الله عنهما حجة، وتقليد غيرهما ليس بحجة[1]؛ لأن قوله عليه السلام: اقتدوا باللّذَين من بعدي أبي بكر وعمر[2] يقتضي وجوب اتباعهما، وإن خالفهما غيرهما من الصحابة، وفي قول يقول: بتقليد الخلفاء الراشدين لا غير؛ لقوله عليه السلام "عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي[3]" وأظهر أقواله: تقليد الصحابي لا يجوز والقياس مقدم

=عمر: "نولّيك ما توليت" ثم ذكر الدكتور قول النووي عن الصبّاغ: أن عمر رضي الله عنه رجع عن ذلك وجزم به القرطبي (موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه /٢٢٩-٢٣٠).

وذكر في موسوعة فقه عبد الله بن مسعود: أن ابن مسعود رضي الله عنه كان يقول أولاً: إذا كنت في سفر فأجنبت، فلا تصلّ حتى تجد الماء، وإذا أحدثت فتيمّم وصلّ، ثم ذكر رجوعه إلى إباحة التيمم للجنب الذي لا يجد الماء (موسوعة فقه عبد الله بن مسعود /١٥٤-١٥٥).

١ - انظر لتفصيل مذهب الإمام الشافعي في هذا الباب أدب القاضي للماوردي ١/٢٦٩-٢٧٢.

٢ - الحديث: رواه الترمذي في المناقب عن حذيفة بن اليمان في حديث حسن (السنن ٥/٦٠٩-٦١٠، رقم الحديث: ٣٦٦٢-٣٦٦٣، ورواه بن ماجة عن حذيفة في المقدمة (السنن ١/٣٧، رقم الحديث ٩٧، باب في فضائل أصحاب رسول الله ﷺ، وتلخيص الحبير ٤/١٩٠، رقم الحديث ٢٠٩٦.

٣ - رواه الدارمي في السنن ١/٧٥، رقم ٩٥ ، باب اتباع السنّة ط: دار الكتاب العربي ١٩٨٧م، بيروت، ورواه أبو داؤد في السنن ٤/٢٠٠-٢٠١، رقم ٤٦٠٧، باب في=

عليه ومذهبنا مذهب أبي سعيد البردعي، وإليه ذهب أبو بكر الجصاص ، ولا خلاف بين أصحابنا المتقدمين والمتأخرين رحمهم الله: أن قول الواحد من الصحابة حجة فيما لا مدخل للقياس في معرفة الحكم فيه ، نحو المقادير التي لا تعرف بالرأي، فإنا أخذنا بقول علي رضي الله عنه: في تقدير أقل المهر بعشرة دراهم[١]، وأخذنا بقول أنس رضي الله عنه: في تقدير أقل الحيض بثلاثة أيام، وأكثره بعشرة أيام، وبقول عثمان[٢] بن أبي العاص: في تقدير أكثر النفاس بأربعين يوماً[٣] وبقول عائشة[٤] رضي الله عنها: في أن الولد لايبقى في البطن

=لزوم السنّة ط: المكتبة العصريّة، صيدا، بيروت ١٩٩٥م، ورواه ابن ماجة أيضاً في المقدمة (السنن ١/١٥، رقم ٤٢، وتلخيص الحبير ٤/١٩٠، رقم ٢٠٩٧.

١ – انظر: موسوعة فقه علي كرم الله وجهه/٥٩٣.

٢ – عثمان بن عفان بن أبي العاص، ولد بعد الفيل بست سنين على الصحيح، وكان ربعة، حسن الوجه، رقيق البشرة، عظيم اللحية، بعيد ما بين المنكبين، وزوّج النبي ﷺ ابنته رقية من عثمان، وماتت عنده أيام بدر، فزوجه بعدها أختها أم كلثوم، فلذلك كان يلقب "ذا النورين"، قال ابن إسحاق: قتل على رأس إحدى عشرة سنة، وأحد عشر شهراً، واثنين وعشرين يوماً من خلافته، فيكون ذلك في ثاني وعشرين ذي الحجة، سنة خمس وثلاثين (الإصابة في تمييز الصحابة ٢/٤٦٢-٤٦٣).

٣ – انظر: موسوعة فقه عثمان بن عفان /٢٨٢.

٤ – أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديقة الحميراء، زوجة النبي ﷺ، من أذكياء العالم، وأكابر فقهاء الصحابة، لها نظر عميق، استدركت على الصحابة في عدة مسائل، تدل استدراكاتها هذه على عقليتها وجودة القريحة والطبع الوقّاد ، تزوجها النبي ﷺ في السنة الثانية بعد الهجرة، فكانت أحب نسائه إليه، وأكثرهن رواية للحديث عنه ، وكان أكابر الصحابة يسألونها عن الفرائض، فتجيبهم، توفّيت في المدينة في ليلة من ليالي شهر=

أكثر من سنتين[1].

(١٥٠٠) لأن أحداً لا يظن بهم المجازفة، ولا يحمل قولهم في حكم الشرع على الكذب[2]، فإن طريق الدين من النصوص إنما انتقل إلينا بروايتهم، وفي حمل قولهم على الكذب والباطل طيّ بساط الشريعة فلم يبق إلا الرأي، أو السماع ممن يترل عليه الوحي، ولا مدخل للرأي في هذا الباب، فتعيّن السماع وصار فتواه مطلقاً كرواية عن رسول الله عليه السلام، ولاشك أنه لو ذكر سماعه من رسول الله عليه السلام كان ذلك حجة لإثبات الحكم به، فكذا إذا أفتى[3].

[قول الصحابي فيما لا يدرك بالقياس]

(١٥٠١) ولهذا قلنا: إن قول الواحد فيما لا يجري فيه القياس، يكون حجة في العمل به كالنص، ويترك القياس به[4].

حتى أن في شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن أخذنا بقول[5] عائشة رضي الله عنها، وتركنا القياس[6].

=رمضان المبارك ليلة الثلاثاء السابع عشر منه في السنة الثامنة والخمسين للهجرة (الأعلام للزركلي ٣/٢٤٠؛ وموسوعة فقه عائشة رضي الله عنها/٨٨.

١ - انظر: موسوعة فقه عائشة أم المؤمنين /٢٧٧ وأحكام القرآن للجصاص ٣/١٠٩٦.

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/١٨٦، رقم الفقرة ٤٢.

٣ - انظر: تفصيل ما يتعلق بفتوى الصحابي في كشف الأسرار ٣/٢١٩ وأصول الفقه للإمام محمد أبي زهرة /١٨٨-١٩١.

٤ - كشف الأسرار ٣/٢١٩.

٥ - انظر: موسوعة فقه عائشة الصديقة أم المؤمنين رضي الله عنها /١٩٤.

٦ - كشف الأسرار ٣/٢١٩.

وكذلك أخذنا بقول ابن عباس رضي الله عنهما في النذر بذبح الولد أنه يوجب ذبح شاة[1]؛ لأنه قول يخالف القياس، فيتعين فيه جهة السماع.

وأخذنا بقول ابن مسعود رضي الله عنه: في تقدير الجعل لرادّ الآبق من مسيرة سفر بأربعين درهماً[2]؛ لأنه قول يخالف القياس: وهو إطلاق الفتوى منه فيما لا يعرف بالقياس فتعين جهة السماع[3].

(١٥٠٢) فإن قيل: هذا المعنى يوجد في قول التابعي، فإنه لايظن المجازفة في قول المجتهد في كل عصر، ولا يجوز حمل كلامه على الكذب قصداً، ومع ذلك لا يتعين جهة السماع بقبوله عند الإطلاق حتى لا يكون حجة فيما لا يُستدرك بالقياس، كما لا يكون حجة فيما يعرف بالقياس[4].

قلنا: إن قول الصحابي يكون أبعد عن احتمال الغلط وقلة التأمل فيه من قول غيره، لاحتمال السماع ممن كان يترل عليه الوحي بغير واسطة، واحتمال قول من بعدهم بالسماع يكون بواسطة النقل، وتلك الواسطة لا يمكن إثباهما بغير دليل، وبدونها لا يثبت اتصال قوله بالسماع بوجه من الوجوه، فمن هذا الوجه يقع الفرق بين قول الصحابي وقول من دونه فيما لا مدخل للقياس فيه[5].

---

١ - انظر: موسوعة فقه عبد الله بن عباس /٦٥٣-٦٥٤.

٢ - انظر: موسوعة فقه عبد الله بن مسعود /٢٧.

٣ - انظر: أصول الفقه للإمام أبي زهرة /١٨٨-١٩١.

٤ - كشف الأسرار ٢١٩/٣.

٥ - انظر: كشف الأسرار ٢١٩/٣، وأصول الفقه للإمام أبي زهرة: ١٨٨-١٩١.

(١٥٠٣) فإن قيل: ينبغي أن لا يكون قول الصحابي حجة، ولا يترك به القياس، إذ لو كان حجة لكان لا يجوز الاعتراض على قوله كقول الرسول عليه السلام، ومع هذا يجوز الاعتراض على أقاويلهم بـ"لِمَ" و "لماذا"، ولأن القياس حجة عند الصحابي فلا يجوز ترك القياس الذي هو حجة عنده بقوله، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا لا يدعون الناس إلى اجتهادهم، فلو كان قولهم حجة لكانوا يدعون إلى اجتهادهم وهم كانوا لا يدعون إلى اجتهادهم، فإنه روي عن عمر رضي الله عنه: أنه كتب إلى شريح رحمه الله: "اجتهد رأيك فيما لم تجد فيه الكتاب والسنة[١]"، ولو كان قوله حجة لدعاه إلى قوله، ولم يأمره بالاجتهاد.

قلنا: قوله: لو كان قول الصحابي حجة لا يجوز الاعتراض على قوله من صحابي مثله وأما من غيره فلا[٢].

وأما جواز الاعتراض على قولهم بـ"لم" و "لماذا"، قلنا: لو لم يجز ذلك يثبت المساواة بين الوليّ والنبيّ، والوليّ إن كان عليّ المنزلة، رفيع الدرجة، لا يبلغ درجة النبي، فلهذا المعنى جوّزنا الاعتراض على قوله.

أما قوله: بأن القياس حجة عنده، فلا يترك ما هو حجة عنده بقوله، قلنا: رأيه واجتهاده وقياسه يكون مقدّماً على قياسنا واجتهادنا، فهم نزلوا منا

---

١ – انظر: موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه /٧٢٩؛ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد١/٢٠٤-٢٠٥، رقم: ٦٠.

٢ – انظر: كشف الأسرار ٣/٢١٩؛ وأصول الفقه للإمام أبي زهرة /١٩٢.

منزلة المفتي من العامي، ثم العامي يلزمه تقليد المفتي، كذلك يلزمنا تقليد الصحابي.

وأما قوله: "كانوا لا يدعون الناس إلى اجتهادهم" قلنا: ذلك في عصرهم، أما في عصرنا إن عدمت الدعوة، فقد وجدت الدعوة من رسول الله عليه السلام إلى اجتهادهم والاقتداء بهم[1].

وهو قوله عليه السلام: اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر رضي الله عنهما[2]، أمرنا بالاقتداء بهم فلزمنا قولهم كقول الرسول عليه السلام.

[تعيين المقادير]

(١٥٠٤) فإن قيل: إن العلماء رحمهم الله: قالوا في المقادير بالرأي من غير أثر فيه، فإن أبا حنيفة قدّر مدة البلوغ بالسنين، وقدّر مدة وجوب دفع المال إلى السفيه لم يؤنس منه الرشد، بخمس وعشرين سنة، وقدّر مدة موت الفأرة الواقعة في البئر بيوم وليلة، وقدّر مدة تفسّخها وانتفاخها بثلاثة أيام ولياليها، وقدّر أصحابنا رحمهم الله ما يطهر به البئر من النزح عند وقوع الفأرة فيه بعشرين دلواً، وقدّر أبو يوسف ومحمد رحمهما الله مدة تمكّن الرجل من نفي الولد بأربعين يوماً بالرأي، فبهذا تبيّن فساد قول من يقول: إنه لا

---

١ - انظر: أصول الفقه للإمام أبي زهرة /١٨٨-١٨٩.

٢ - رواه الترمذي في المناقب عن حذيفة بن اليمان ٥/٦٠٩-٦١٠، رقم: ٣٦٦٢-٣٦٦٣، رواه بن ماجه في سننه ١/٣٧، رقم: ٩٧، باب في فضائل أصحاب رسول الله ﷺ.

مدخل للرأي في معرفة المقادير، وجهة السماع متعين في ذلك بما قاله الصحابي.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: المراد بما قلنا: "إن المقادير لا تعرف بالرأي"، المقادير التي تثبت[1] لحق الله تعالى ابتداءً دون التي تتردّد بين القليل والكثير، فإن المقادير[2] في الحدود والعبادات كأعداد الركعات في الصلوات ما لا يشكل على أحد أنه لا مدخل للرأي في معرفة ذلك، وكذلك ما يكون بتلك الصفة، أما مااستدللتم به فهو من باب الفرق بين القليل والكثير فيما يحتاج إليه، فإنا نعلم أن ابن عشر سنين لا يكون بالغاً، وأن ابن عشرين سنة يكون بالغاً، ثم التّردد ، فيما بين ذلك يكون هذا استعمال الرأي في إزالة التّردد وهو نظير معرفة القيمة في المغصوب، والمستهلك، ومعرفة مهر المثل، والتقدير في النفقة، فإن للرأي مدخلاً في معرفة ذلك من الوجه الذي قلنا.

(١٠٠٥) فإن الله تعالى قال: ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[3]، وقال: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ ﴾[4] فوقعت الحاجة إلى معرفة الكبير على وجه يتقيّن معه بنوع من الرشد، وذلك مما يعرف

---

١ - وفي نسخة "ج" (في الحدود).

٢ - انظر: أصول الفقه للإمام أبي زهرة ٢٢٩-٢٣٠.

٣ - [النساء: ٦]

٤ - [النساء: ٦]

بالرأي، فقدّر أبو حنيفة رحمه الله ذلك بخمس وعشرين سنة؛ لأنه يتوهم أن يصير جداً في هذه المدة، ومن صار فرعه أصلاً، فقد تناهى في الأصلية، فيوصف بصفة الكبير، وإيناس الرشد منه باعتبار أنه بلغ أشدّه، فإنه قيل في تفسير الأشُدّ المذكور في سورة يوسف[1] هذه المدة.

وكذلك ما قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فإنه يتمكن من النفي بعد الولادة بساعة أو ساعتين لا محالة، ولا يتمكّن من النفي بعد سنة أو أكثر، فإنما وقع التردد فيما بين القليل والكثير من المدة، فاعتبر الرأي فيه بالبناء على أكثر مدة النفاس.

(١٥٠٦) وأما حكم طهارة البئر بالترح، ومدة انتفاخ الفأرة، إنما عرفنا ذلك بآثار الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، فإن فتوى علي وابن عباس وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهم معروف في ذلك مع أن ذلك من باب الفرق بين القليل والكثير، وقد بينا أن للرأي مدخلاً في معرفة هذا كله[2].

[قول الصحابي الذي لم يعرف له مخالف]

(١٥٠٧) وهذا كله في قول ظهر عن صحابي من غير ذي ولاية، ولم يشتهر عن أقرانه خلافه، أما بعد ما اشتهر إذا لم يظهر النكير عن أحد منهم،

---

١ - [يوسف: ٢٢]

٢ - انظر: موسوعة فقه علي بن أبي طالب رضي الله عنه /٥٦٨؛ وموسوعة فقه عبد الله بن عباس /١٥٦؛ وانظر فتح القدير لابن الهمام ١/١٠٦-١٠٩.

كان ذلك بمنزلة الإجماع، وإن ظهر قول عن جماعة واشتهر، ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك، فهو إجماع عندنا[1]، وكان عيسى بن أبان يقول: ترك النكير من الباقين لا يدل على انعقاد الإجماع بدليل حديث[2] ذي اليدين، فإنه حين قال: أقصرت الصلاة أم نسيتها يا رسول الله؟ فنظر رسول الله عليه السلام إلى أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فقال: أحقٌّ ما يقول ذو اليدين؟ ولو كان ترك النكير دليل الموافقة لاكتفى به رسول الله عليه السلام منه ولما استنطقهم في الصلاة من غير حاجة[3].

(١٥٠٨) وكان الكرخي رحمه الله يقول: ترك النكير في المجتهدات لا يكون دليل الموافقة؛ لأنه ليس لأحد من المجتهدين أن ينكر على صاحبه وأن يبيّن له ما أدّى إليه اجتهاده[4].

(١٥٠٩) ويحكى عن الشافعي رحمه الله: أنه كان يقول: إن ظهر القول من أكثر العلماء والساكتون نفر يسير منهم، ثبت بهم الإجماع، وإن انتشر القول من واحد أو اثنين، والساكتون أكثر علماء العصر لايثبت بهم

---

١ - انظر: أصول الفقه للإمام أبي زهرة /١٨٢-١٨٣.

٢ - أخرجه البخاري في صحيحه /٧١٥ و ١٢٢٧ وأخرجه مسلم في صحيحه /٥٧١-٥٧٢.

٣ - انظر حول الموضوع: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ٣/٢٢٨-٢٢٩ ط: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

٤ - كشف الأسرار ٣/٢٢٩ والمستصفى ١/١٨٨.

الإجماع؛ لأن السكوت محتمل قد يكون للموافقة وقد يكون للمهابة والتقيّة مع احتمال الخلاف، والاحتمال لا يكون حجة[1].

(١٥١٠) وبعض العلماء رحمهم الله شرطوا بلوغ ظهور القول منهم حد التواتر، وبعضهم أنكروا انعقاد الإجماع بسكوت الباقين[2].

وذكر الصدر الإمام أستاذ الأئمة ظهير الدين المرغيناني رحمه الله عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: لو شرط لانعقاد الإجماع التنصيص من كل واحد منهم على قول، وإظهار الموافقة مع الآخرين، أدّى إلى أن لا ينعقد الإجماع أصلاً؛ لأنه حينئذٍ يكون تعليقاً بشرط ممتنع، والتعليق بشرط ممتنع يكون نفياً وإعداماً، وقد اتفقنا على أن الإجماع حجة، وطريق لمعرفة الحكم، ولا طريق لمعرفته وانعقاده إلا بتنصيص البعض وسكوت الباقين؛ إذ ليس في وسع علماء كل عصر السماع من جميع العلماء الذين في عصرهم إلا نادراً، فعلم أنه تعذّر الوقوف على قول كل واحد بطريق السماع حقيقةً، فوجب أن يكون اشتهار القول منهم وترك النكير من الباقين إجماعاً، حتى لا يكون تعليقاً بشرط ممتنع[3].

وأما قوله: بأن السكوت محتمل قد يكون للموافقة، وقد يكون للتقيّة، قلنا: نحن لا نجعل مجرّد السكوت عن ترك النكير وإظهار خلاف ما عنده دليل

---

١ - كشف الأسرار ٢٢٩/٣.

٢ - كشف الأسرار ٢٢٩/٣ وذكرت فيه دلائل من ذهب إلى هذا الرأي بالتفصيل.

٣ - كشف الأسرار ٢٣٠/٣.

الموافقة، بل نجعل السكوت بعد اشتهار الحادثة بعد عرض الفتوى عليه والسؤال عنه.

وبعد مضي مدة التأمل، وزمان التروّي، وردّ الحادثة إلى الاشتباه، وتميز الأشبه من بين الأشباه دليلاً على الوفاق؛ لأن الحق لو كان عنده غيره يجب عليه الردّ، ولا يحل له السكوت كالنبي عليه السلام إذا ظهر عنده الناسخ والمنسوخ، لا يحل له السكوت ويلزمه الإبلاغ، كما لزمه إبلاغ النص، ولما سكتوا تبيّن أن الحق عندهم، هذا، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا قدوةً للخلق، وإذا كانوا كذلك لا يحل لهم السكوت عن إظهار ما هو حق عندهم؛ لأن سكوتهم حينئذٍ يكون تركاً للأمر بالمعروف، وتفضيلاً للغير، وجلّ منصبهم عن ذلك[1].

فإن قيل: إن كان لا تنتهي هذه المدة إلا بموته؛ لأن الإنسان قد يكون متفكراً في شيء مدة عمره، فلا يستقرّ فيه رأيه على شيء، فقد رأى رأياً في شيء، ثم ظهر له رأي آخر، فيرجع عن الأول، فعلى هذا، مدة التروّي لا تنتهي إلا بموته، قلنا: إذا مضى من المدة ما يتمكن فيه من النظر والاجتهاد فعليه إظهار ما تبين له باجتهاده من توقف في الجواب، أو خلاف، أو وفاق، ولا يحل له السكوت عن الإظهار إلا عند الموافقة، وبعد ما سبق الإجماع بهذا الطريق، ليس له أن يرجع عنه برأي يعرض له؛ لأن الإجماع موجب للعلم

---

١ – كشف الأسرار ٣/٢٣١.

قطعاً بمنزلة النص، وكما لا يجوز ترك العمل بالنص باعتبار رأي يعترض له، لا يجوز له مخالفة الإجماع برأي يعترض له بعد ما انعقد الإجماع بدليله.

وكذلك إن لم يعرض عليه الفتوى، ولكن اشتهر الفتوى في الناس على وجه يعلم أنه قد بلغ ذلك الساكتين من علماء العصر، فإن ذلك يقوم مقام العرض عليهم؛ لأنه يجب عليهم إظهار الخلاف الذي عندهم إن كانوا يعتقدون خلاف ذلك على وجه ينتشر هذا الخلاف منهم، كما انتشر القول الأول؛ ليكون الثاني معارضاً للأول.

ولو أظهروا ذلك لانتشر، وعدم انتشار الخلاف دليل على الموافقة، وبهذا الطريق أثبت العلماء كون القرآن معجزاً؛ لأن العرب ما عارضوه بمثله، ولو فعلوا لانتشر ذلك، وعجزهم عن المعارضة بعد التحدّي دليل على أنه معجز.

[ما اختلف فيه الصحابة رضي الله عنهم فالحق لا يعدو أقاويلهم]

(**١٥١١**) وما اختلف فيه الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، فالحق لا يعدو أقاويلهم، حتى لا يتمكن أحد أن يقول بالرأي قولاً خارجاً عن أقاويلهم[١].

وكذلك لا نشتغل بطلب التاريخ في أقاويلهم ليجعل المتأخر ناسخاً للمتقدم، كما في الآيتين والخبرين؛ لأنه لما ظهر الخلاف بينهم ولم يجر المحاجّة

---

١ - كشف الأسرار ٣/٢٢٥.

بسماع من صاحب الوحي، فقد انقطع احتمال التوفيق فيه، ومجرّد القول بالرأي لا يكون ناسخاً للرأي، ولهذا لم يجز نسخ أحد القياسين بالآخر، ولكن طريق العمل طلب الترجيح بزيادة قوة لأحد الأقاويل، فإن ظهر ذلك وجب العمل بالراجح، وإن لم يظهر يتخير المبتلى بالحادثة في الأخذ بقول أيهما شاء بعد أن يقع في أكبر رأيه أنه هو الصواب[1].

وبعد ما عمل بأحد القولين لا يكون له أن يعمل بالقول الآخر إلا بدليل، وهذا من باب المعارضات[2].

[مخالفة التابعي لإجماع الصحابة]

(١٥١٢) وإن اجتمعت الصحابة -رضوان الله عليهم- على حكم، وخالفهم واحد من التابعين، إن كان ممن لا يبلغ درجته درجة الفتوى في زمن الصحابة رضي الله عنهم، ولم يزاحمهم في الاجتهاد؛ لا خلاف أنه لا يعتبر خلافه حتى لو قضى القاضي بقوله كان ذلك باطلاً.

وإن جاء عن بعض التابعين قول، ولم ينقل عن غيره شيء فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان: في رواية قال: هم رجال ونحن رجال، اجتهدوا ونجتهد[3].

وذكر في النوادر أنه قال: ما جاءنا عن التابعين زاحمناهم، فلا خلاف بين العلماء أن قول التابعي لا يكون حجةً على وجه يترك القياس بقوله، ولا

---

١ - كشف الأسرار ٣/٢٢٥.

٢ - كشف الأسرار ٣/٢٢٥.

٣ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/١٨٦.

خلاف أن من لم يدرك عصر الصحابة من التابعين، لا يعتدّ خلافه في إجماعهم[1].

أما من أدرك عصر الصحابة، وزاحمهم في الفتوى، وسوّغوا له الاجتهاد كشريح[2] والحسن[3] وسعيد[4] بن المسيب والنخعي[5] والشعبي[6] رضي الله عنهم يعتد خلافه، حتى لا يتم إجماع الصحابة مع خلاف واحد منهم[7].

وقال بعض الناس: لا يعتد خلافهم، وهو قول الشافعي رحمه الله، وجه قوله: أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا مخصوصين بصحبة رسول الله

---

١ - كشف الأسرار ٢٢٦/٣.

٢ - مرت ترجمته في الجزء الأول.

٣ - مرت ترجمته في الجزء الأول.

٤ - (١٣-٩٤هـ = ٦٣٤-٧١٣م) سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي، أبو محمد: سيد التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة، جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع، وكان يعيش من التجارة بالزيت، لا يأخذ عطاء وكان أحفظ الناس لأحكام عمر بن الخطاب وأقضيته، حتى سمّي راوية عمر، توفّي بالمدينة (الأعلام للزركلي ١٠٢/٣، وراجع لترجمته: طبقات، بن سعد ٨٨/٥، وتذكرة الحفاظ، رقم /٣٨، وهامش أدب القاضي للماوردي ٣٩٩/١).

٥ - مرت ترجمته في الجزء الثاني.

٦ - مرت ترجمته في الجزء الثاني.

٧ - كشف الأسرار ٢٢٥/٣.

انظر: المستصفى من علم الأصول للإمام الغزالي رحمه الله تحت عنوان هل ينعقد إجماع غير الصحابة ١٨٢/١، دار إحياء التراث الإسلامي، بيروت، لبنان.

عليه السلام، ومشاهدة أحوال الوحي، ونزول التتريل، وعرفوا مصادر كلامه ومخارجه، وسمعوا منه الخطاب، ووقفوا على أحواله وأفعاله، وهم كانوا في الدرجة القصوى والمترلة العليا[1]، ولهذا أجمعنا أن التابعي الذي لم يدرك عصر الصحابة لا يترّل مترلة التابعي الذي أدرك عصرهم في الاحتجاج بقوله، ولأن صاحب الشرع أمر بالاقتداء بهم وندب إلى ذلك بقوله: "بأيهم اقتديتم اهتديتم[2]"، وهذه المعاني لا توجد في حق التابعي، وإن أدرك عصرهم فلا

---

١ - أما ما يستقر به الإجماع فالشافعي رحمه الله اعتبر له أربع شرائط: أحدها: العلم باتفاقهم عليه، والثاني: استدامة ما كانوا عليه، وعدم الحدوث من أحدهم خلاف، والثالث: انقراض العصر، والرابع: أن لا يلحق بالعصر الأول من ينازعهم من العصر الثاني، وفي هذه المسألة أصحاب الشافعي اختلفوا على رأيين: قال الماوردي:
فإن لحق بعض الصحابة بعض التابعين، فخالفهم فيما أجمعوا عليه، فقد اختلف أصحاب الشافعي رحمهم الله، هل يمنع خلافه من انعقاد الإجماع، على وجهين:
أحدهما: أن الإجماع ينعقد، لا يرتفع بخلافه؛ لأنهم بمشاهدة الرسولﷺ أحفظ لشريعته، وقد أنكرت عائشة رضي الله عنها على أبي سلمة بن عبد الرحمن منازعته الصحابة وقالت: أراك كالفرّوج إذا اجتمع مع الديكة صايحها.
والوجه الثاني: أن خلافه يمنع من انعقاد الإجماع؛ لأن صغر السن لا يمنع من نفوذ القول، كما خالف ابن عباس رضي الله عنهما في صغر سنه أكابر الصحابة، وقد قال علي: "اعرف الحق، تعرف أهله" (أدب القاضي للماوردي ٤٧٠/١-٤٧٦؛ وكشف الأسرار ٢٢٦/٣.

٢ - ذكر الحافظ ابن حجر أنه أخرجه، أي هذا الحديث عبد بن حميد في مسنده عن ابن عمر، والدار قطني عن جابر، والبزار عن عمر وأنس، والقضاعي عن أبي هريرة، وغيرهم، وفي أسانيدهم كلام، تلخيص الحبير ١٩٠/٤-١٩١، رقم ٢٠٩٨؛ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٨١/١؛ وأدب القاضي للماوردي ٢٧٠/١.

يصلح أن يكون مزاحماً لهم، قلنا: لما أدرك عصرهم وسوّغوا له اجتهاد الرأي والمزاحمة معهم في الفتوى والحكم بخلاف رأيهم صار كواحد منهم فيما يبتني على اجتهاد الرأي.

(١٥١٣) ثم الإجماع لا ينعقد مع خلاف واحد منهم، وكذلك لا ينعقد مع خلاف التابعي الذي أدرك عصرهم؛ لأنه من علماء ذلك العصر، ومن شرط انعقاد الإجماع: أن لا يكون أحد من أهل العصر مخالفاً لهم.

(١٥١٤) وبيان هذا أن عمر وعلياً رضي الله عنهما قلّدا شريحاً القضاء بعد ما ظهر منه مخالفتهما في الرأي، وإنما قلّداه القضاء ليحكم برأيه.

فإن قيل: قلّداه القضاء ليحكم بقولهما، أو بقول بعض الصحابة رضي الله عنهم سواهما، قلنا: قد روي أن عمر[١] رضي الله عنه كتب إلى شريح: اقض بما في كتاب الله، فإن لم تجد فبسنة رسول الله فإن لم تجد "فاجتهد برأيك"[٢].

فإن قيل: معنى قوله "فاجتهد برأيك" " في آرائنا وأقاويلنا"، قلنا: هذه زيادة على النص، والزيادة على النص بمنزلة النسخ، وقد صحّ أن علياً رضي الله عنه تحاكم إلى شريح، وقضى عليه بخلاف رأيه في شهادة الولد لوالده[٣] ، ثم قلّده القضاء في خلافته، وابن عباس رضي الله عنه رجع إلى قول مسروق في

---

١ - انظر: موسوعة فقه عمر بن الخطاب /٧٢٩؛ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٠٤/١-٢٠٥.

٢ - انظر: موسوعة فقه عمر بن الخطاب /٧٢٠ وموسوعة فقه علي /٥٠٧.

٣ - انظر: موسوعة فقه علي رضي الله عنه /٣٥٠-٣٥١؛ وكشف الأسرار ٢٢٥/٣؛ والمبسوط للسرخسي ١٢٢/١٦، باب من لا تجوز شهادته.

النذر بذبح الولد، فأوجب عليه شاة بعد ما كان يوجب عليه مائةً من الإبل[1]، فثبت أن الصحابة رضوان الله عليهم سوّغوا مخالفة التابعي إياهم، ورَضَوا، بحكمه، فنزل التابعي منزلة الصحابي.

ثم الصحابي إذا خالف الصحابي في شيء يعتد خلافه، فكذلك التابعي.

ولأن الأمر لا يخلو: إما أن كان العبرة لنفس الصحبة، أو لمعنى في الصحبة، لا جائز أن يقال: بأن العبرة لنفس الصحبة؛ لأن كثيراً من الناس صحبوا رسول الله عليه السلام، ولا يعتد بقولهم مع وجود الصحبة؛ إذ لم يكونوا من أهل الاجتهاد في الأحكام؛ ولأن إجماع كل عصر حجة، وإن عدمت الصحبة لهم فثبت أن العبرة لمعنى في الصحبة، وهو الفقه، والعلم، ومعرفة التنزيل والتأويل، ثم الصحابة رضي الله عنهم فيما بينهم كانوا متفاضلين في الدرجة.

فإن درجة الخلفاء الراشدين فوق درجة غيرهم في الفضيلة، ولم يدل ذلك على أن الإجماع الذي هو حجة يثبت بدون قولهم، وأما اختصاصهم بالفضائل، فنحن لا ننكر ذلك، فنقول به، ولكن باب الاجتهاد وإدراك جهة الصواب ليس على منازل الفضل والسبق، فإنه يجوز أن يختص أحد بإدراك حق كان لا يدرك من هو أفضل منه.

وأما سماعهم من رسول الله عليه السلام، قلنا: نعم، سمعوا، ولكن نقلوا كما سمعوا؛ إذ لا يُتوهّم منهم ترك النقل عند السماع، وحينئذٍ يحصل لهم تلك

---

١ - انظر: موسوعة فقه عبد الله بن عباس /٦٥٣-٦٥٤؛ وكشف الأسرار ٣/٢٢٦.

الفضيلة، ولأن النبي عليه السلام جعل المحمول إليه أفضل من الحامل حيث قال: "رُبَّ حامل فقهٍ إلى من هو أفقه منه[1]"، فإذا لم يثبت للمحمول إليه الأفضليّة، فلا أقل من أن يثبت له المساواة.

(١٥١٥) وأما وقوفهم إلى خطاب رسول الله عليه السلام، قلنا: بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إن النبي عليه السلام إذا خاطب قوماً بخطاب يريد قصر حكم الخطاب عليهم، يخاطب على وجه يقع العلم للمخاطبين دون غيرهم، وإذا أراد انتشار الحكم يخاطب على وجه يقع العلم للمخاطبين وللسامعين الحاضرين وغير الحاضرين، (رضي الله عنهم)[2].

[الإجماع بعد الاختلاف]

(١٥١٦) قال: المتقدمون إذا اختلفوا في شيء على قولين، ثم أجمع من بعدهم على أحد القولين، كجواز بيع أم الولد وعدم جوازه، فإن جواز بيع أمهات الأولاد مختلف فيه في الصدر الأول، فعمر وعلي رضي الله عنهما كانا لا يجوّزان بيعها[3]، وهكذا روي عن عائشة رضي الله عنها[4]، وقال علي

---

١ - قطعة حديث أخرجه ابن ماجه عن زيد بن ثابت رضي الله عنه، رقم: ٢٣٠، باب من بلغ علماً، وفي المناسك، رقم: ٣٥٠٦، باب الخطبة يوم النحر، وأحمد في مسنده، حديث زيد بن ثابت ٥/١٨٣، وأبو داود في سننه عن زيد بن ثابت، رقم: ٣٦٦٠، باب فضل نشر العلم، والترمذي في سننه عن عبد الله بن مسعود، باب الحث على تبليغ السماع، رقم: ٢٦٥٨.

٢- كذا في الأصل.

٣ - انظر: موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله /١٧٠ وموسوعة فقه علي بن أبي طالب/١٣٧.

٤ - انظر: موسوعة فقه عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها /١٩٣.

رضي الله عنه آخراً: يجوز بيعها[1]، ثم أجمع المتأخرون على أنه لا يجوز بيعها، وتركوا قول علي رضي الله عنه آخراً[2].

(١٥١٧) فهذا الإجماع يرفع الخلاف المتقدم عند محمد رحمه الله، حتى لو قضى القاضي بجواز بيعها لا ينفذ قضاؤه؛ لأن قضاءه لم يصادف محل الاجتهاد؛ لأن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: الإجماع المتأخر لايرفع الخلاف المتقدم، حتى لو قضى القاضي بجواز بيعها ينفذ قضاؤه[3]، وهما يقولان: لو ثبت الإجماع باتفاق من بعدهم، لابد من تضليل المخالف؛ لأن مخالفة الإجماع ضلال، وتضليل بعض الصحابة والسلف الصالح محال؛ لأن المخالف لو كان حياً لا ينعقد الإجماع مع مخالفته فكذا بعد الموت؛ لأن بالموت فات المستدِل دون الدليل، والمانع إنما هو الدليل، وإنه قائم فيمنع انعقاد الإجماع.

ومحمد رحمه الله يقول: ما هو حد الإجماع قد وجد ههنا والدليل المقتضي لكونه حجةً لا يوجب الفصل بين ما إذا سبقه مخالف، أو لم يسبقه، ألا ترى! أنه لو اجتمع العلماء في عصر على حكم واحد، وانعقد إجماعهم على ذلك، ثم اجتمع أهل عصر بعدهم على خلاف ذلك، صح ذلك، وانتسخ

---

١ - انظر: موسوعة فقه علي بن أبي طالب رضي الله عنه /١٣٧.

٢ - انظر: الفتاوى الهندية ٣/٣٥٨.

٣ - انظر: الفتاوى الهندية ٣/٣٥٨.

الأول بالثاني، فقول الكل لّما لم يصلح مانعاً من انعقاد الإجماع، فقول الواحد أولى.

وأما تضليل بعض السلف فليس كذلك؛ لأن الإجماع انعقد الآن، والتضليل في مخالفة الإجماع، وبعد ما انعقد الإجماع لم يوجد الخلاف، فلا يؤدي إلى الإضلال.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يقول: لا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله: أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم[1]؛ لأن حد الإجماع قد وُجد، والدليل الموجب لكون الإجماع حجةً لا يوجب الفصل، فكان هذا القضاء في غير محل الاجتهاد عند الكل، فلا ينفذ عند الكل.

وما ذكر في الكتاب: إذا قضى بجواز بيع أمهات الأولاد لا ينفذ قضاؤه، قول الكل، وما يقول: إنه يؤدّي إلى تضليل بعض السلف، قلنا: لا يؤدّي؛ لأنا نجعل هذا الإجماع بمنزلة البيان، أن ما أدّى إليه اجتهاد المخالف في الصدر الأول تبدّل الآن، فصار بمنزلة ما لو كان حيّاً وتحوّل رأيه إلى خلاف ذلك، حملاً لأمر المسلمين على اجتماعهم على ما يحلّ لهم، وعلى تعيين الحق والصواب في قولهم، وصيانةً لهم عن تضليل من كان قبلهم من السلف الصالح.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: ما ذكر في الكتاب: أنه لا ينفذ قضاؤه، قول محمد رحمه الله، وقال القاضي أبو زيد[2] رحمه الله في

---

١ - انظر: أدب القاضي للخصاف مع شرحه للصدر الشهيد ١٢٦/٣؛ والفتاوى الهندية ٣٥٩/٣.

٢ - الدّبوسي: اسمه عبيد الله بن عمر بن عيسى، من فحول الفقهاء المبرزين، له نظر عميق، أبرز الأصول والقواعد، كان القاضي أبو زيد الدّبوسي -رحمه الله- له باع طويل في=

تقويمه[1] في آخر فصل الإجماع: إن محمداً رحمه الله روى عنهم[2]: أنه لا ينفذ القضاء، وعن أبي يوسف رحمه الله في النوازل: أنه لا ينفذ القضاء، وذكر الخصاف رحمه الله في أدب القاضي: أنه لاينفذ من غير ذكر خلاف[3].

[ما يتوقف من الأقضية على إمضاء قضاء آخر]

(١٥١٨) وذكر في الباب الأول من أقضية الجامع الكبير: أن قضاء القاضي بجواز بيع أم الولد يتوقّف على إمضاء قاض آخر وهو الأصح[4] والوجه في ذلك: أن العلماء اختلفوا في أن بيع أم الولد هل يبقى مختلفاً فيه؟ قال أصحابنا رحمهم الله: لم يبق مختلفاً فيه، كما ذكره شمس الأئمة السرخسي

=المناظرات والخلاف، قد صنف الكتب الكثيرة، منها: الأسرار، والنظم في الفتاوى، وكتاب تقويم الأدلة، توفي سنة ثلاثين وأربعمائة ببخارى رحمه الله (ملخصاً؛ الفوائد البهية /١٠٩).

١ - تقويم الأدلة في الأصول: للقاضي الإمام أبي زيد عبيد الله بن عمر الدّبوسي الحنفي (المتوفى ٤٣٠هـ)، مجلد، أوله: الحمد لله رب العالمين إلخ، وشرحه الإمام فخر الإسلام علي بن محمد البزدوي الحنفي المتوفى سنة اثنتين وثمانين وأربعمائة، وهو شرح حسن، اعتبره العلماء الحنفية، واختصره أبوجعفر محمد بن الحسين الحنفي (كشف الظنون ٤٦٧/١).

٢ - وقد استوفى العلامة ابن نجيم المصري رحمه الله في البحر الرائق، المسائل التي لا ينفذ فيها القاضي باختصار، نقلاً عن البزازية وجامع الفصولين والخانية والقنية والصيرفية وغيرها (١٣/٧-١٤).

٣ - انظر: أدب القاضي للخصّاف مع شرحه للصدر الشهيد، الباب الثاني والأربعين ١٢٣/٣، والفتاوى الهندية ٣٥٩/٣؛ والبحر الرائق لابن نجيم ١١/٧.

٤ - الفتاوى الهندية ٣٥٩/٣.

رحمه الله، ومن العلماء من قال: لا يرفع، فبقي مختلفاً فيه فكان في كونه مختلفاً فيه اختلاف، فيتوقف على قضاء قاضٍ آخر، فإن أمضاه قاضٍ آخر نفذ، ولا يكون لأحد بعد ذلك إبطاله، وإن أبطل بطل، ولا يكون لأحد بعد ذلك إمضاؤه[1].

وكذلك هذا الحكم في كل حادثة اختلف الناس فيها، أنها مختلف فيها أو ليست بمختلف فيها، أن قضاء القاضي فيها يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، إن أمضاه ينفذ، وليس لأحد بعد ذلك إبطاله، وإن أبطله قاضٍ آخر، ليس لأحد بعد ذلك إمضاؤه[2].

ولو قضى قاضٍ بشاهد ويمين لا ينفذ قضاؤه[3]؛ لأنه خلاف التنزيل؛ لأن ظاهر قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِنْ رِّجَالِكُمْ﴾[4]، يقتضي كون حجة الاستحقاق من جانب المدعي شهادة رجلين، أو شهادة رجل وامرأتين، فمن جعل يمين المدعي وشهادة شاهد واحد حجةً، يكون مخالفاً لما اقتضاه نص الكتاب وحديث النبي عليه السلام، فإنه عليه السلام قسّم الحجج قسمين، حيث قال: البيّنة على المدعي، واليمين على من أنكر[5].

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٩.

٢ - انظر: الفتاوى الهندية ٣/٣٥٩.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٩.

٤ - [البقرة: ٢٨٢]

٥ - هذا الحديث معروف متلقّى بالقبول عند الفقهاء، رواه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٥٤١، رقم ١٠٨٠٣-١٠٤٢٦؛ ١٠/٤٢٧، رقم ٢١١٩٧، الحديث في الصحيحين بلفظ: لكن اليمين على المدعى عليه، أخرجاه عن ابن أبي مليكة عن ابن عبّاس (البخاري في الرهن باب: ٦، رقم ٢٥١٤، الشهادات باب: ٢٠، حديث ٢٦٦٨، التفسير، سورة آل عمران: باب=

وذكر في كتاب الاستحلاف[1]: أن على قول أبي حنيفة وسفيان الثوري رحمهما الله: ينفذ قضاؤه؛ لما روي عن رسول الله عليه السلام: "أنه قضى بشاهد ويمين الطالب[2]" وقد أخذ به بعض العلماء، فكان قضاءً في فصل مجتهد فيه فينفذ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: لا ينفذ؛ لأن الله تعالى جعل الحجة شهادة المثنى، والحديث كان قبل نزول آية المداينة، فكان منسوخاً، وحكي عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله: أنه كان يذكر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله مثل قول أبي يوسف رحمه الله[3].

وذكر في النوادر: أن على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: ينفذ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: لا ينفذ[4]، وروي عن الزهري رضي الله عنه: أنه قال: إنه بدعة، وإنما قال ذلك؛ لأنه لم يعمل به أحد من الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين- سوى معاوية[5]، فكان بدعة[6].

=٣، حديث ٤٥٥٢، ومسلم في الأقضية: حديث: ١ و ٢، وانظر للتفصيل: نصب الراية للزيلعي كتاب الدعوى ، باب اليمين ٢١٤/٤.

١ - وذكر في الفتاوى الهندية: "كتاب الاستحسان" (٣٥٩/٣).

٢ - أخرجه مسلم في صحيحه، رقم: ١٧١٢، وأبو داود في سننه، باب القضاء باليمين والشاهد، رقم: ٣٦٠٨، وابن ماجه في سننه، باب القضاء بالشاهد واليمين، رقم: ٢٣٧١، وتلخيص الحبير ٢٠٥/٤.

٣ - الفتاوى الهندية ٣٥٩/٣.

٤ - الفتاوى الهندية ٣٥٩/٣.

٥ - ذكر المصنف رحمه الله: أول من قضى بشاهد ويمين هو معاوية - رضي الله عنه- وذكر الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي: إن أول من قضى بشاهد ويمين، هو مروان بن الحكم، وفعله مما لا يؤخذ به (١٢٤/٣) ثم قال: معاوية -رضي الله عنه- هو أول من قضى بالقود في القسامة (١٢٥/٣).

٦ - الفتاوى الهندية ٣٥٩/٣.

(١٥١٩) قال صاحب المحيط رحمه الله: وفي أقضية الجامع من تعليقي: أن القضاء بشاهد[١] ويمين يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، والذي يؤيّد هذا المذهب ما ذكر: أن نصرانياً، لو ادّعى على مسلم مالاً، وجاء بشاهد مسلم فحلف، فلو قام يمينه مقام شاهد آخر، حتى جاز القضاء به، لكان قضاءً بشهادة الكافر على المسلم، وإنه محال، ومن نظائره: القضاء بحل متروك التسمية عمداً جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله: لا يجوز[٢].

(١٥٢٠) قال: ولو قضى في حد، أو قصاص، بشهادة رجل وامرأتين، ثم رفع إلى قاض آخر، يرى خلاف رأيه، فإنه ينفذ قضاؤه[٣]، ففي هذا الفصل لم يبلغنا الخلاف فيه إلا ما روي شاذاً عن شريح رحمه الله[٤]، ولما لم يكن فيه نص قاطع، كان هذا موضع اشتباه الدليل؛ لأن قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ[٥]﴾، يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقاً نظراً إلى اللفظ، والنص إن ورد في باب المداينة، ولكن العبرة لعموم اللفظ، لا لخصوص السبب عندنا، فإذا قضى فيه، وقد قضى في موضع اشتباه الدليل، فكان قضاؤه كقضائه في محل مجتهد فيه فينفذ.

---

١ - هكذا في نسخة "ج"، وفي نسخة "ب" (بشاهدين).

٢ - الفتاوى الهندية ٣/ ٣٥٩.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٩-٣٦٠.

٤ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٩.

٥ - [البقرة: ٢٨٢]

(١٥٢١) قال ابن سماعة عن محمد رحمه الله: العبرة لاشتباه الدليل في نفاذ القضاء، لا لحقيقة الاختلاف، كما ذكرنا في نفاذ القضاء بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص، ولا يجوز القضاء بجواز بيع أم الولد عند محمد رحمه الله، وشاهد ويمين عند أبي يوسف رحمه الله مع الاختلاف فيه، فعرف أن العبرة لاشتباه الدليل.

قال صاحب الأقضية رحمه الله: حقيقة اختلاف الفقهاء لو كان مراداً ما كان إرادتهم خلاف الشافعي رحمه الله؛ لأنه لا يعتبر وإنما المراد اختلاف السلف فيه.

[القضاء في المختلف فيه]

(١٥٢٢) قال: وإذا قضى القاضي في فصل مجتهد فيه، وهو لا يعلم بذلك، اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: ينفذ قضاؤه، وإليه أشار محمد رحمه الله في كتاب الإكراه، وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله وعامتهم على: أنه لا يجوز، وإليه أشار في السير الكبير[١].

فقد ذكر في أبواب الفداء: إذا مات الرجل وترك رقيقاً، وعليه ديون، فباع القاضي رقيقه وقضى دينه، ثم قامت البيّنة لبعضهم أن مولاه كان دبّره، كان بيع القاضي فيه باطلاً، ولو كان القاضي عالماً بتدبيره فاجتهد وأبطل تدبيره، كان بيعه جائزاً، وقضاؤه في الفصلين في فصل مجتهد فيه، ومع هذا لم ينفذ قضاؤه، لما لم يعلم، ونفذ لما علم[٢].

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٠.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٠.

وهكذا ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات، والمذكور ثمة: إذا شهد محدودان في قذف، ولم يعلم القاضي بذلك، حتى قضى بشهادتهما، ثم علم، فإن كان من رأيه أن شهادة المحدود في القذف بعد التوبة حجة أمضى قضاءه وإن لم يكن من رأيه ذلك نقض قضاءه[1] وهذا لأن القضاء بشهادة المحدود في القذف إذا لم يعلم القاضي بكونه محدوداً في القذف، ينفذ ظاهراً لا باطناً، على ما عرف في موضعه، فكانت هذه الحالة بمنزلة ابتداء الشهادة، ولو علم القاضي بكون الشاهد محدوداً في القذف في حال ابتداء الشهادة، إن كان من رأيه أنه حجة يقضي بها، وما لا فلا، على ما يأتي بيانه بعد هذا.

(١٥٢٣) وهذا تنصيص على أن قضاء القاضي في المجتهد إنما ينفذ إذا علم بكونه مجتهداً فيه[2]، وإلى هذا القول أشار في الجامع أيضاً، وهكذا ذكر الخصاف رحمه الله في أدب القاضي[3]، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح كتاب الرجوع عن الشهادات: هذا هو ظاهر المذهب.

[اشتراط الخصومة للقضاء في المجتهدات]

(١٥٢٤) وههنا شرط آخر لنفاذ القضاء في المجتهدات: أن يجري فيها خصومة صحيحة بين يدي القاضي من خصم على خصم[4]، ثم إذا قضى القاضي بشهادة المحدود في القذف بعد التوبة، وهو يرى أن شهادته حجة، إنما

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٠.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٠.

٣ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٦٩-١٧٠.

٤ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٠.

ينفذ قضاؤه، إما لأن هذا فصل مجتهد فيه[1]، وإما لأن فيه اختلافاً في الصدر الأول، فعمر رضي الله عنه كان يراها حجة[2]، وابن عباس رضي الله عنه كان لا يراها حجة[3]، والآية مؤوّلة، والخلاف بين العلماء في صرف الاستثناء إلى الفسق، أو إلى ردّ الشهادة ظاهر، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه قال: لا ينفذ هذا القضاء، وإذا رفع إلى قاضٍ آخر يبطله، فكأنه رأى قضاء الأول مخالفاً لظاهر الآية، فلهذا قال: يبطله الثاني.

قال صاحب المحيط رحمه الله: وفي أقضية الجامع من تعليقي عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الله الخيزاخزي[4]: إذا قضى القاضي بشهادة المحدود في

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٠.

٢ - موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه /٥١٨.

٣ - اختلفت الرواية عن ابن عباس رضي الله عنه في قبول شهادة القاذف بعد ما تاب، ففي رواية عنه: لا تقبل، وفي رواية أخرى: تقبل، انظر: المحلى وأحكام القرآن للجصاص (موسوعة فقه ابن عباس، وانظر تفصيل قولي ابن عباس، وصورة التطبيق فيهما في أحكام القرآن للجصاص ٣/٣٥٥-٣٥٦، ط: دار الكتب العلمية، بيروت.

٤ - عبد الله بن الفضل الخيزاخزي: بفتح الخاء وسكون الياء باثنتين من تحتها وفتح الزاء وسكون الألف وفتح الخاء الثانية وكسر الزاء الثانية نسبة إلى قرية "خيزاخزي" من قرى "بخارى"، كان مفتي بخاري.

روى عنه ابنه أبو نصر أحمد بن عبد الله، وروى عن أبي بكر أحمد بن عبد الله بن خنب وأبي بكر بن مجاهد القطان البلخي وغيرهما، وتفقه على أبي بكر محمد بن الفضل الكماري.

ذكر القاضي أبو العباس أحمد بن إبراهيم السروجي في "الغاية" في مسألة: المسبوق "يتابع الإمام في التشهد إلى قوله "عبده ورسوله" بلا خلاف إلى أن قال: وروى البلخي عن أبي حنيفة: أنه أتى بالدعوات، وبه كان يفتي عبد الله بن الفضل الخيزاخزي".=

القذف بعد التوبة ورفع قضاؤه إلى قاضٍ آخر، إنما لا يبطل الثاني قضاء الأول، إذا كان الأول يراه حقاً، وعلم الثاني أن الأول يراه حقاً، بأن أظهر الأول ذلك للثاني، أو لم يعرف الثاني أن الأول هل يراه حقاً أم لا؟ لأن الظاهر أنما يقضي القاضي بشيء إذا رآه حقاً، أما إذا علم الثاني أن الأول لم ير ذلك حقاً، بأن قال الأول: "الصحيح قول ابن عباس رضي الله عنه أن شهادته لا تقبل، وإن تاب[1]" كان للثاني أن يبطله؛ لأنه تبيّن أن الأول قضى بخلافه رأيه[2].

(١٥٢٥) ولو استقضي محدود في قذف، فقضى بأشياء، ثم رفع إلى قاضٍ لا يرى جواز قضائه، كان للثاني أن يبطله؛ لأن المحدود في القذف لا يصلح قاضياً قبل التوبة بالإجماع، فللثاني أن يبطله، ولو نفّذها الثاني، فللثالث أن يبطله؛ لأن تنفيذ الثاني حصل بخلاف الإجماع، وبعد التوبة لا يصلح قاضياً عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله، فإذا رفع قضاؤه إلى قاضٍ آخر يرى بطلانه أبطله.

(١٥٢٦) فرق بين قضاء المحدود في القذف، وبين القضاء بشهادة محدود في القذف، فقال: القاضي إذا كان محدوداً في القذف، ورفع قضاؤه إلى

=وذكره في "القنية" في الصلاة، وذكره قاضي خان في "شرح الجامع الصغير" في الصوم (الجواهر المضية ٢/٣٢٢، رقم الترجمة ٧١٨).

ذكره في الفوائد البهية وسمّاه عبد الرحمن بن الفضل، وقال الشيخ اللكنوي رحمه الله: لعل تسميته بعبد الرحمن كما رأيت في نسخة الكفوي ههنا من زلّة قلم الناسخ، فلتراجع نسخة أخرى (الفوائد البهية /٩١).

١ - قد مرّ تخريجه في نفس الجزء تحت عنوان "شرط آخر لنفاذ القضاء في المجتهدات".

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٠-٣٦١.

قاضي يرى بطلانه أبطله[1]، وإذا قضى بشهادة المحدود في القذف، ورفع إلى قاضٍ لا يرى بطلانه، لا يبطله، والفرق: أن قضاء المحدود في القذف نفسه مختلف فيه، عندنا لا يصلح قاضياً، وعنده: يصلح[2]، ونفس القضاء إذا كان مختلفاً فيه، يتوقّف على إمضاء قاضٍ آخر، أما القضاء بشهادة المحدود في القذف نفسه ليس بمختلف فيه، فيكون القضاء بشهادة المحدود في القذف يحصل في المختلف فيه، فينفذ؛ لأن قضاء المحدود في القذف إذا كان نفسه مختلفاً فيه، لو نفذ كان القاضي ملزماً قول نفسه، فيكون عاملاً لنفسه، والإنسان فيما يعمل لنفسه لا يصلح قاضياً، فعلى قول من لا يرى ذلك قضاء، ينعدم صورة القضاء، ونفاذ القضاء من غير وجود صورته لا يكون، أما القضاء بشهادة المحدود في القذف لو نفذ كان القاضي ملزماً قول الشاهد، فيكون عاملاً لغيره لا لنفسه، فيوجد صورة القضاء، فيتمكن لتنفيذه.

ولو رفع قضاء القاضي المحدود في القذف إلى قاضٍ يرى جوازه، فأمضاه، ثم رفع إلى قاضٍ يرى بطلانه، فالثالث يمضي إمضاء الثاني، ولا يبطل قضاء الأول؛ لأن قضاء الثاني حصل في محل مجتهد فيه، فلا يكون لأحد إبطاله[3].

واستشهد صاحب الأقضية لإيضاح الفرق فقال: ألا ترى! أن القاضي لو قضى بشهادة الزوج لزوجته ينفذ قضاؤه؛ لوجود صورة القضاء ومصادفته

---

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١١١.

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١١٢.

٣ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٨.

محلاً مجتهداً فيه، فإن علياً -رضي الله عنه- رأى أن الزوج يصلح شاهداً لزوجته[1]، ولو قضى لامرأته نفسه بشهادة شهود، لا يجوز؛ لانعدام صورة القضاء لكونه عاملاً لنفسه، بل يتوقّف على إمضاء قاضٍ آخر، كذا ههنا.

[القضاء بشهادة من لا تقبل شهادته]

(١٥٢٧) قال: ولو أن قاضياً قضى بشهادة شاهدين، ثم علم أنهما كافران يرد قضاؤه؛ لأن قضاءه وقع بخلاف الإجماع، وإن علم أنهما عبدان، فكذلك الجواب، فإن قيل: إنه مشكل؛ لأن شريحًا - رضي الله عنه - يجيز شهادة العبيد، وكذلك مالك وداود[2] بن علي -رحمهما الله- فيكون قضاؤه في محل الاجتهاد، إلا أنا نقول: إن الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على عدم قبول شهادة العبد[3]، وقول بعض المتأخرين بخلاف إجماع الصحابة لا يعتبر، فلا يصير الحادثة به مجتهداً فيه فلا ينفذ قضاؤه.

---

١ - شهادة علي رضي الله عنه لفاطمة رضي الله عنها عند أبي بكر رضي الله عنه: ذكرها ابن حزم في المحلى (موسوعة فقه علي رضي الله عنه /٣٥١).

٢ - داود بن علي بن خلف الأصبهاني، أبو سليمان، الملقب بالظاهري: أحد الأئمة المجتهدين في الإسلام، تنسب إليه الطائفة الظاهرية، وسميت بذلك لأخذها بظاهر الكتاب والسنة، وإعراضها عن التأويل والرأي والقياس، وكان داود أول من جهر بهذا القول، وهو أصبهاني الأصل، من أهل قاشان، ومولده في الكوفة، سكن بغداد، انتهت إليه رئاسة العلم فيها، قال ابن خلكان: قيل كان يحضر مجلسه كل يوم أربعمائة صاحب طيلسان أخضر، وقال ثعلب: كان عقل داود أكبر من علمه،وله تصانيف أورد ابن الندم أسماءها في زهاء صفحتين، توفي في بغداد (الأعلام للزركلي ٣٣٣/٢).

٣ - المبسوط للسرخسي، باب فيمن لا تجوز شهادته ١٢٤/١٦.

ولو أنهما أعميان، فقد ذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح كتاب الرجوع عن الشهادات: أن الجواب فيـــها كـــالجواب في المحدودين في القذف، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح كتاب الرجـــوع عن الشهادات: أن الجواب فيها كالجواب في العبدين، وظاهر مـــا ذكـــر في المختصر يدلّ عليه، فإنه قال: عبد أو صبيّ أو نصرانيّ استقضي، فقضى بقضية، ثم رفع قضاؤه إلى قاضٍ آخر فأمضاه، لا يجوز له إمضاؤه، وهذا الجواب ظـاهر في حق الصبي والنصراني، مشكل في العبد، بناءً على مـــا ذكرنـــا في صـــدر الكتاب: أن القضاء معتبر بالشهادة[1]، والصبيّ والنصرانيّ لا يصلحان شـاهداً، فلا يصلحان قاضياً.

أما العبد يصلح شاهداً عند مالك وشريح فيصلح قاضياً إذا اتصل بـــه إمضاء قاضٍ آخر، فينبغي أن ينفذ القاضي الثاني، كما في المحدود في القـــذف، والجواب عنه ما ذكرنا[2].

(١٥٢٨) ولو أن أعمى قضى بقضية، ورفع إلى قاضٍ آخر فأمضاه، نفذ قضاؤه؛ لأن في أهلية شهادته خلافاً ظاهراً، إن كـــان بصيراً وقـــت التحمل، فالخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف رحمهم الله.

وإن كان أعمى وقت التحمل، فالخلاف بيننا وبين مالك رحمـه الله، فمالك -رحمه الله- اعتبر أصل التمييز، وقد وجد، ونحن اعتبرنا كمال التميـيز

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦١.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦١.

ولم يوجد، ولو رفع قضاؤه إلى قاضٍ لا يرى جواز قضائه، أبطله؛ لأن نفس القضاء مجتهد فيه؛ لأن الخلاف في أهلية شهادته خلاف في أهلية قضائه[1].

[قضاء المرأة]

(١٥٢٩) ولو أن امرأة استقضيت، جاز قضاؤها في كل شيء إلا الحدود والقصاص؛ لأنها تصلح شاهدةً فيما عدا الحدود والقصاص، فتصلح قاضيةً، فإن قضت في الحدود والقصاص، ثم رفع قضاؤها إلى قاضٍ آخر، فأمضاه نفذ إمضاؤه؛ لأن في أهليتها للقضاء اشتباه الدليل، كما في أهليتها للشهادة، فكان مجتهداً فيه[2].

[القضاء بقتل في قسامة]

(١٥٣٠) قال: وإذا قضى القاضي بقتل في قسامة لا ينفذ قضاؤه، وصورته: قتيل وجد في محلة، وادّعى أولياء القتيل على رجل قتله، قال بعض العلماء، منهم مالك والشافعي رحمهما الله: إذا كان بين المدعى عليه وبين القتيل عداوة ظاهرة، لا يعرف عداوة مع غير المدعى عليه وبين دخوله في المحلّة ووجوده قتيلاً مدة قريبة، فالقاضي يحلّف وليّ القتيل على دعواه، فإذا حلف

---

١ - انظر للاختلاف في الشهادة بين الحنفية والإمام مالك: شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٧٠/٧ والعناية للبابرتي مع الفتح ٣٧١/٧ وفي شرح أدب القاضي: وأما الأعمى: فلأنه ليس بأهل لأداء الشهادة أيضاً، حتى لا تقبل شهادته، فلا يكون من أهل القضاء (شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٤٨/٣).

٢ - الفتاوى الهندية ٣٦١/٣ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٦٠/٣؛ وأدب القاضي للماوردي ٦٢٦/١.

قضى له بالقصاص، وعندنا فيه الدية والقسامة، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه ينفذ قضاؤه، ولكن إذا رفع إلى قاض آخر أبطله إذا لم يستوف القود[1].

[القضاء بجواز متعة النساء]

(١٥٣١) وكذلك لو قضى قاض بجواز متعة النساء لا يجوز؛ لأنها منسوخة، وصورته: إذا قال الرجل لامرأة: أتمتع بك إلى شهر كذا، أو ما أشبه ذلك، لا يجوز القضاء بجوازها[2]؛ لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: نسخها أية الطلاق[3]، وقيل: نسخها السنة، وقيل: إجماع الصحابة، وابن عباس -رضي الله عنهما- وإن قال بجوازها إلا أن قوله بخلاف الكتاب والسنة فلا يعتبر، وقد صح رجوعه عنها[4] أيضا، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوز قضاؤه[5]، وهكذا روى خالد عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله.

ولو كان مكان لفظة المتعة لفظة التزوج، بأن قال الرجل لامرأته: "تزوجتك إلى شهر كذا وسنة كذا"، فقضى قاض بجواز هذا النكاح، وأبطل الأجل، جاز قضاؤه[6]؛ لأنه محل الاجتهاد فإن عند زفر رحمه الله: هذا النكاح

---

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٢٣-١٢٥ والفتاوى الهندية ٣/٣٦٢.

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٢٧-١٢٩ والفتاوى الهندية ٣/٣٦٣.

٣ - موسوعة فقه عائشة أم المؤمنين /٤٨١ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٢٨.

٤ - موسوعة فقه عبه الله بن عباس /٦١٧-٦١٩ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٢٧

٥ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٢٩.

٦ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٢٩ والفتاوى الهندية ٣/٣٦٣.

صحيح، واشتراط الأجل باطل؛ لأن اشتراط الأجل شرط فاسد، والنكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة[1]، وعن أبي يوسف رحمه الله برواية بشر: أنه لا يجوز قضاؤه في هذه الصورة أيضاً.

[القضاء بخلاص]

(١٥٣٢) قال: ولو أن قاضياً قضى بخلاص في دار استحقت من يد المشتري، وأخذ الضامن بدار مثلها، ثم رفع إلى قاضٍ آخر، أبطله، وصورته: رجل باع داراً له، وضمن البائع للمشتري الخلاص، أو ضمن أجنبي له الخلاص.

وتفسيره: أن يقول الضامن للمشتري: إن استحقت الدار المشتراة في يدك، فأنا ضامن لك استخلاص الدار بالبيع، أو الهبة، وأسلّمها إليك، فإن عجزت عن تسليمها واستخلاصها اشتريت داراً مثلها وسلّمتها إليك، فهذا الضمان باطل عندنا؛ لأنه ضمن ما يعجز عن وفائه، وعند بعض الناس يصح هذا الضمان، وهذا القول لا يستند إلى قياس صحيح[2] وقد قال شريح رضي الله عنه: من شرط الخلاص فهو أحمق، سلّم ما بعت، وخذ ما اشتريت، ولا خلاص، فإذا قضى قاضٍ بجواز هذا الضمان فقد قضى بما هو باطل.

(١٥٣٣) ثم ما ذكرنا من تفسير ضمان الخلاص قول أبي حنيفة رحمه الله وهو اختيار صاحب كتاب الأقضية، فأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما

---

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٢٩/٣ والفتاوى الهندية ٣٦٢/٣-٣٦٣.

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٣٠/٣ والفتاوى الهندية ٣٦٤/٣-٣٦٥.

الله: تفسير ضمان الخلاص والعهدة والدرك واحد، وهو الرجوع بالثمن عند الاستحقاق، وعند أبي حنيفة رحمه الله: تفسير ضمان الخلاص ما ذكرنا[1].

(١٥٣٤) وتفسير ضمان الدرك ما قالا، وتفسير ضمان العهدة ضمان الصك القديم الذي عند البائع.

ثم عندهما تفسير هذه الأشياء إذا كان واحداً، وهو الرجوع بالثمن عند الاستحقاق، كان الضمان صحيحاً، وإذا استحق المبيع من يد المشتري يرجع بالثمن على الضامن، فمتى قضى قاضٍ بصحة هذا الضمان، ينفذ هذا القضاء، فإذا رفع إلى قاضٍ آخر لا يبطله، فإذا ضمن تسليم الدار إلى المشتري، لا يصح القضاء به لما ذكرنا[2].

[القضاء بعفو النساء عن دم العمد]

(١٥٣٥) قال: ولو أن امرأة رجل أو ابنته عفت عن دم العمد، وأبطل ذلك قاضٍ، لما أن من رأيه أنه لا عفو للنساء من القود؛ لأنه لا حق لهن في القصاص[3]، كما هو مذهب بعض العلماء، فقضى بالقود للرجال فقبل أن يقاد الرجل، رفع إلى قاض يرى عفو النساء صحيحاً، فالقاضي الثاني ينفذ ذلك العفو، ويبطل القضاء بالقود؛ لأن هذا القضاء يخالف الكتاب[4]، وقول

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٦٥/٣ وشرح أدب القاضي ١٣١/٣ والخانية ٤٥٩/٢.

٢ - الفتاوى الهندية ٣٦٥/٣ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٣١/٣.

٣ - الفتاوى الهندية ٣٦٥/٣ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٣٢/٣.

٤ - قال الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ...﴾ الآية [النساء: ١١]

جمهور العلماء، وإن كان هذا الرجل قد قُتل، فالقاضي الثاني لا يتعرض للمقضي له بشيء، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله، وذكر صاحب الأقضية: أنه ينبغي أن يقاد إن كان المقضيّ له بالقصاص عالماً يقتص منه؛ لأنه قتل شخصاً محقون الدم، وإن كان جاهلاً يقضى عليه بالدية[1].

[قضاء القاضي في المجتهد فيه بخلاف رأيه]

(١٥٣٦) قال: وإذا قضى القاضي في المجتهد فيه بخلاف رأيه، ذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله في مقدمة قضاء الجامع الكبير: أنه لا ينفذ، وهكذا ذكر في وقف فتاوى الفضلي، وإليه أشار محمد رحمه الله في قضاء الجامع الكبير[2].

وذكر شمس الأئمة السرخسي في الرجوع عن الشهادات: أن قضاء القاضي في المجتهدات إنما ينفذ إذا كان عن اجتهاد، أما إذا لم يكن عن اجتهاد لا ينفذ قضاؤه[3].

وذكر الخصاف رحمه الله: أنه ينفذ وإن لم يكن عن اجتهاد، وهكذا ذكر في كتاب الإكراه[4].

---

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٣١/٣-١٣٣ والفتاوى الهندية ٣٦٥/٣.

٢ - الفتاوى الخانية على الهندية ٤٥١/٢.

٣ - الفتاوى الخانية على الهندية ٤٥١/٢ وفي أدب القاضي مع شرحه للصدر الشهيد: إن القاضي إذا قضى بالاجتهاد في حادثة ليس فيها كتاب ولا سنة، ثم تحوّل عن رأيه فإنه يقضي في المستقبل بما هو أحسن عنده، ولا ينقض ذلك القضاء الذي كان منه برأيه الأول إلخ (١٦٧/٣-١٦٨) الباب الثامن والأربعون في القاضي يقضي بالقضاء ثم يرى بعد ذلك خلافه.

٤ - فتاوى قاضي خان ٤٥١/٢.

وذكر قاضي القضاة فخر الدين رحمه الله في فتاواه: القاضي إذا كان مجتهداً، وهو يعمل برأي نفسه، فقضى برأي غيره، قال أبو يوسف رحمه الله: لا ينفذ قضاؤه، هكذا ذكر الشيخ الإمام الفقيه أبو الليث رحمه الله في العيون[1] في آخر أدب القاضي، وذكر الخصاف رحمه الله أيضاً في أدب القاضي، وذكر القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله هكذا، وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله، واختلفت الروايات عن أبي حنيفة رضي الله عنه، في أظهر الرواية: ينفذ قضاؤه ولايردّ، وبه أخذ الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله وقال: وعليه الفتوى[2].

[نسيان القاضي مذهبه وقضاؤه بغيره]

(**١٥٣٧**) وإن نسي القاضي مذهبه، وقضى برأي غيره، ثم تذكّر رأيه، قال أبو حنيفة رحمه الله: ينفذ قضاؤه ولا يردّ، ويعمل برأيه في المستقبل، وقال أبو يوسف رحمه الله: يردّ، وهو الصحيح من قول محمد رحمه الله أيضاً[3].

---

١ - لم نجد في العيون في باب أدب القاضي ما يفيد ذلك.

٢ - الفتاوى الهندية ٣٥٨/٣ وشرح أدب القاضي ١٦٩/٣-١٧٠ وانظر: الفتاوى لقاضي خان رحمه الله ٤٥٧/٢-٤٥٨.

٣ - الفتاوى الخانية ٤٥١/٢؛ والفتاوى الهندية ٣٥٨/٣؛ وشرح أدب القاضي ١٦٩/٣-١٧٠؛ وعيون المسائل للفقيه أبي الليث رحمه الله /١١٥ و ١٥٦.

[القضاء بالفتوى]

(١٥٣٨) وإن لم يكن له رأي في المسألة، فاستفتى فقيهاً، فأفتاه، فقضى بفتواه، ثم حدث له رأي لا يردّ القضاء، ويعمل بالرأي الحادث في المستقبل[١]، وهكذا ذكر القاضي أبو علي النسفي رحمه الله.

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي قول محمد مع أبي يوسف رحمهم الله، وجعل القاضي الإمام ركن الإسلام رحمه الله هذه المسألة فرعاً لمسألة[٢] ذكر الخصاف رحمه الله في أدب القاضي: أن القاضي إذا قضى بخلاف رأيه ينفذ عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، وكان الشيخ الإمام الفقيه أبو عبد الله الجرجاني رحمه الله يقول: لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند محمد رحمه الله: يجوز[٣].

وفي شرح الجامع الكبير للشيخ الإمام الفقيه أبي بكر الرازي: أن القاضي إذا قضى بخلاف مذهبه مع العلم به لا يجوز في قولهم جميعاً، وذكر الصدر الإمام أستاذ الأئمة ظهير الدين المرغيناني في شرح كتاب الأقضية: أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: ينفذ قضاؤه، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: لا ينفذ، ولا رواية في هذا عن محمد رحمه الله، هكذا ذكر في بعض المواضع،

---

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٦٧-١٦٨.

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٧٠ والفتاوى الهندية ٣/٣٥٨.

٣ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٧٠؛ وعيون المسائل /١٥٦.

وذكر في بعض المواضع: أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: ينفذ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: لا ينفذ، وذكر القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله: أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: لايجوز، وعلى قول محمد رحمه الله: يجوز.

قال صاحب المحيط رحمه الله: ذكر الخلاف في بعض المواضع في نفاذ القضاء، وفي بعض المواضع في حل الإقدام على القضاء.

وذكر في كتاب القسمة: ما يدل على جواز القضاء بخلاف رأيه، فإنه قال في القسمة في الوصايا التي ازدادت على الثلث عند أبي حنيفة رحمه الله بطريق المنازعة، وعندهما بطريق العول والمضاربة، ثم قال: فبأيّ ذلك أخذت فهو حسن.

وذكر في كتاب الإكراه: أن القاضي إذا قضى في فصل، وهو لا يعلم أنه مختلف فيه، وإنما قصد القضاء على وجه الاتفاق، فوافق قضاؤه محلاً مجتهداً فيه، ينفذ قضاؤه، وذكر في الرجوع عن الشهادات: لا ينفذ قضاؤه.

وذكر في رجوع الجامع: إذا قضى على الغائب، وهو لا يرى ذلك، لا ينفذ عند محمد رحمه الله، وذكر هذه المسألة في فتاوى الفضلي، وذكر: أنه ينفذ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: وكان القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي يفتي بعدم نفاذ القضاء في هذه الصورة، والصدر الإمام الشهيد والصدر الإمام أستاذ الأئمة ظهير الدين رحمهما الله أفتيا بنفاذ القضاء.

[تفويض القاضي القضاء إلى قاض آخر]

(١٥٣٩) وحكي عن الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني[1] رحمه الله أنه قال: ما يفعله القضاة من التفويض إلى شافعي المذهب في فسخ اليمين المضافة، وبيع المدبر، وغير ذلك، إنما يجوز إذا كان المفوض يرى ذلك، بأن قال: لاح لي اجتهاد في ذلك، أما إذا كان لا يرى ذلك لا يصح تفويضه، وقال غيره من المشايخ: هذا احتياط، والتفويض صحيح وإن كان لا يرى ذلك؛ لأن على قول أبي حنيفة رحمه الله: لو قضى بخلاف رأيه، ينفذ قضاؤه في أصح الروايتين، فلأن يصح تفويضه كان أولى[2].

قال صاحب المحيط رحمه الله: إن كان التقليد للحكم ببطلان اليمين، وبجواز بيع المدبر، كانت المسألة على الخلاف، وكان جواز حكم شافعي المذهب على الخلاف، كما لو فعل المقلد ذلك بنفسه، وإن كان التقليد للحكم بما يرى، كان جواز الحكم من الشافعي المذهب بالاتفاق[3].

(١٥٤٠) وذكر في كتاب الأقضية: وإن فوض القاضي إلى شفعوي، ليقضي برأيه، أو ليقضي بما هو حكم الشرع، ينفذ ذلك التفويض عند الكل[4].

---

١ - عبد الواحد الشيباني: كان من كبار فقهاء ما وراء النهر، وكان يرجع إليه في أكثر الوقائع والنوازل (الفوائد البهية /١١٣) والجواهر المضية ٤٨٢/٢، رقم الترجمة: ٨٨١.

٢ - الفتاوى الهندية ٣٦٤/٣؛ والخانية بهامش الفتاوى الهندية ٤٥١/٢.

٣ - فتح القدير ٢٨٥/٧ والخانية بهامش الفتاوى الهندية ٤٥٧/٢.

٤ - الفتاوى الهندية ٣٦٤/٣ وقال: كذا في فتاوى قاضي خان ٤٥١/٢.

[القضاء بالطلاق المضاف إلى الملك، واليمين بـ "كلّما"]

(١٥٤١) قال: ولو أن رجلاً قال: إن تزوجت فلانةً فهي طالق، فتزوجها فخاصمته إلى قاضٍ، لا يرى الطلاق واقعاً، فأجاز النكاح وأبطل الطلاق، ثم رفع إلى قاضٍ يرى الطلاق واقعاً.

فإن الثاني ينفذ قضاء الأول، وإن كان الحالف قال: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق، ففسخ القاضي اليمين على امرأة تزوجها، ثم تزوج امرأة أخرى، قال أبو يوسف رحمه الله: لابد من فسخ اليمين على كل امرأة[١].

وهكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: إذا فسخ على امرأة بخصومتها، يكون فسخاً على النساء كلهن، وبعض المشايخ رحمهم الله أخذوا بقول أبي يوسف رحمه الله، وبعضهم أخذوا بقول محمد رحمه الله، وذكر قاضي القضاة فخر الدين رحمه الله: الفتوى على قوله؛ لأنها يمين واحدة[٢].

قال: ولهذا لو حلف أن لا يحلف بالطلاق، فقال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، لا يحنث إلا مرّةً واحدةً، والعتق في هذا بمنزلة الطلاق، حتى إذا قال: كل عبد أشتريه فهو حر، فهذا والطلاق سواء[٣].

وذكر في المنتقى: أنه لو قال: كل عبد أشتريه فهو حر، فاشترى عبيداً، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله: وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله: يحتاج إلى الفسخ في كل عبد[٤].

---

١ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥١-٤٥٢.

٢ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥١-٤٥٢.

٣ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٢.

٤ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٣.

(١٥٤٢) ولو عقد على امرأة واحدة أيماناً بأن قال مراراً: "إن تزوجت فلانة فهي طالق" فتزوّجها ففسخ القاضي يميناً واحداً لا ينفسخ الكل، ويحتاج كل يمين إلى فسخ على حدة إلا أن تدعي المرأة أنه حلف بطلاقها ثلاث مرات أن لا يتزوّجها ثم تزوّجها، وقال القاضي: فسخت جميع أيمانه، فإن ذلك يكون فسخاً للأيمان كلها، وإن حلف بطلاق نسوة فعقد على كل امرأة يميناً على حدة بأن قال: إن تزوّجت فلانة فهي طالق، وإن تزوجت فلانة لامرأة أخرى، فهي طالق وذكر الثالث والرابع، وفَسْخُ اليمينِ على امرأة بخصومتها لايفسخ يمين غيرها، هكذا ذكر قاضي القضاة فخر الدين رحمه الله في فتاواه[1].

(١٥٤٣) ولو قال: إن تزوّجت فلانة فهي طالق فتزوّجها ففسخ القاضي اليمين هل يحتاج إلى تجديد النكاح؟ ذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني عن أستاذه القاضي الإمام الأجل أبي على النسفي رحمهما الله: أنه لا يحتاج؛ لأن القاضي أبطل اليمين فلم يكن الطلاق واقعاً إلا أن يعود النكاح بقضاء القاضي، وإذا كان الزوج وطأها بعد النكاح قبل فسخ اليمين ثم فسخ القاضي اليمين كان الوطء حلالاً، وكما يظهر بطلان اليمين والطلاق في حق هذه يظهر في حق غيرها في قول محمد رحمه الله، بأن كان حلف كل امرأة يتزوّجها فهي طالق، ولو قال: كل امرأة أتزوّجها فهي طالق فتزوج أربعاً بعد اليمين، ثم تزوج خامساً فخاصمته الخامسة إلى القاضي وفسخ القاضي اليمين

---

١ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٣.

عليها، لا يظهر انفساخها في اليمين فيمن كانت قبلها عند الكل؛ لأنه لو أبطل يمينه في الأربع فلا يقع الطلاق عليهن، وإذا لم يقع الطلاق عليهن لا يصح نكاح الخامسة فيبطل الفسخ عليها، وإذا أبطل الفسخ على الخامسة بطل في حق غيرها[1].

(**١٠٤٤**) وعن أبي يوسف: رجل قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوّج امرأة وهو لا يرى الطلاق واقعاً، فخاصمته المرأة عند القاضي فقضى القاضي له ببقاء الحل، ثم تحوّل رأي الزوج، وصار ممن يرى الطلاق واقعاً، ثم تزوّج امرأة أخرى فإنه يمسك المرأة الأولى ويفارق الثانية ويبني الأمر على رأيه الحادث في المرأة الثانية، أما الأولى فقد قضى القاضي عليها ببطلان اليمين وبقاء النكاح فنفذ قضاؤه وكان قضاؤه موافقاً لرأيه في ذلك الزمان فلا يبطل ذلك القضاء، وهذا بناءً على ما تقدم أن على قول أبي يوسف رحمه الله: يحتاج إلى الفسخ في كل امرأة[2].

(**١٠٤٥**) وذكر الشيخ الإمام الفقيه أبو الليث رحمه الله في العيون: رجل اشترى عبداً فشهد شاهدان عند القاضي أن هذا المشتري حلف بعتق كل مملوك يشتريه قبل شرائه هذا العبد، وأعتقه القاضي بشهادتهما، ثم اشترى عبداً قال أبو يوسف رحمه الله: يعتق العبد الثاني بقضائه للأول، وقال

---

١ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٢.

٢ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٢-٤٥٣.

أبو حنيفة رحمه الله: لا يعتق الثاني حتى يشهد الشهود شهادة مستقلة[1]، وهذا بناءً على أن عند أبي حنيفة رحمه الله: الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد[2].

(١٥٤٦) رجل قال لامرأة: "كلّما تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً" فتزوجها ورفع الأمر إلى القاضي فقضى بحلها ثم طلقها ثلاثاً، ثم عادت إليه بعد زوج آخر، هل يحتاج إلى فسخ القاضي في هذا النكاح؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، وإنما اختلفوا بناءً على أن المنعقد بكلمة "كلّما" يمين واحدة وكما تنحل تنعقد ثانية وتنعقد الثالثة بعد الثانية، أو تنعقد بهذا اللفظ أيمان، فعلى رواية الجامع الكبير: تنعقد يمين واحدة وكما تنحل تنعقد مرة أخرى، وذكر في طلاق الأصل: أيمان، فعلى رواية الطلاق: يحتاج كل يمين إلى فسخ على حدة، وعلى رواية الجامع الكبير: لا يحتاج، قال قاضي القضاة رحمه الله: الصحيح رواية الجامع[3].

[التحكيم في المجتهدات]

(١٥٤٧) قال: رجل حلف بطلاق امرأة أن يتزوّجها، فتزوّجها، وحكّما رجلاً[4] ليحكم بينهما بالطلاق[5] المضاف فحكم ببطلان اليمين، اختلف المشائخ

---

١ - وفي نسخة "ب" و "ج" (شهادة مستقبلة).

٢ - الفتاوى الخانية ٤٥٣/٢؛ وعيون المسائل للفقيه أبي الليث رحمه الله، باب الدعاوي والبينات /١٠٨.

٣ - الفتاوى الخانية ٤٥٣/٢.

٤ - انظر: تفصيل مسألة التحكيم في أدب القاضي للماوردي ٣٧٩/٢-٣٨٦.

٥ - وفي نسخة "ب" (في الطلاق المضاف) وفي نسخة "ألف" (بطلاق المضاف).

فيه، ذكر في الجامع الأصغر: أنه لاينفذ حُكم الحَكَم في حقهما، وذكر في صلح المسبوط: أن حكم الحكم فيما بين المتحاكمين في المجتهدات بمنزلة حكم القاضي المولّى حتى لايكون لأحدهما أن يرجع عن حكمه، وذكر الخصاف رحمه الله في أدب القاضي: أن حكم الحكم في المجتهدات جائز إلا في الحدود والقصاص[1].

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في صلح المبسوط: أن حكم الحكم في المجتهدات: نحو الكنايات والطلاق المضاف جائز في ظاهر المذهب عن أصحابنا رحمهم الله، وقال شمس الأئمة رحمه الله: هذا مما يعلم ولا يفتى به كيلا يتجاسر الجهال إلى مثل هذا[2].

قال رحمه الله: وكان القاضي الإمام الأجل الأستاذ أبو علي النسفي رحمه الله يقول: هذا مما يكتم ولا يفتى به[3].

(١٥٤٨) وروي عن أصحابنا رحمهم الله ما هو أوسع من هذا وذلك، روي عنهم: أنه لو استفتى صاحب الحادثة عن هذا فقيهاً عدلاً مجتهداً من أهل الديانة والفتوى فأفتاه ببطلان اليمين، وسعه أن يأخذ بفتواه ويمسك المرأة، فإن تزوّج أخرى بعدها وقد كان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيهاً آخر مثل الأول في الديانة والعلم والاجتهاد، فأفتاه بصحة اليمين

---

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٤/٦٣؛ والهندية ٣/٣٩٧ ؛ وفتاوى قاضي خان ٢/٤٥٣.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩٧ وفتاوى قاضي خان ٢/ ٤٥٣.

٣ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٣.

ووقوع الطلاق المضاف إليها، فإنه يفارق الثانية ويمسك الأولى؛ لأن فتوى الفقيه للجاهل بمنزلة حكم القاضي المولّى أو حكم الحكم[1].

وما نقل عنهم بناءً على أن حُكم الحَكَم في المجتهدات بمنزلة حكم القاضي المولّى إلا أن الفرق بين حكم القاضي وحُكم الحَكَم: أن في المجتهدات إذا رفع إلى قاضٍ إن كان موافقاً لرأيه أمضاه وإن كان مخالفاً أبطله، وليس للقاضي أن يبطل حكم غيره من القضاة في المجتهدات[2].

(١٥٤٩) قال ابن أبي ليلى رحمه الله: ليس للقاضي أن يبطل حكم الحَكَم وإن كان مخالفاً لرأيه إذا لم يكن حكم الحَكَم مخالفاً لنص الكتاب أو السنة أو إجماع الأمة، وهو بمنزلة حكم القاضي المولّى، ولهذا لو حكم محكّم، ثم أراد أن يرجع عن حكمه لا يصح رجوعه كما لا يصح رجوع القاضي عن حكمه في موضع الاجتهاد، والصحيح ما قال أصحابنا؛ لأن الحَكَم استفاد الولاية بتحكيمهما، ولهما ولاية على أنفسهما، لا على غيرهما، فكان حكم الحَكَم في حق غيرهما بمنزلة الصلح، ولو اصطلح الخصمان على شيء وكان ذلك مخالفاً لرأي القاضي كان له أن يبطله، أما إذا كان حكم الحَكَم موافقاً لرأي القاضي لا يبطله؛ لأنه لو أبطله يحتاج إلى الإعادة فلايفيد[3].

---

١ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٣.

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٤/٦٠؛ وفتاوى قاضي خان ٣/٤٥٣.

٣ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٣-٤٥٤.

(١٥٥٠) ولو حكّما رجلاً ليحكم بينهما فأجاز القاضي حكومته قبل أن يحكم ثم حكم بينهما بما يخالف رأي القاضي، ذكر في الكتاب: أنه لا يجوز حكمه على[1] القاضي[2] وكان للقاضي أن يبطله، قالوا: هذا إذا لم يكن القاضي مأذوناً في الاستخلاف فإن كان مأذوناً لا يكون له أن يبطل حكمه، قال بعضهم: الجواب مطلق[3]؛ لأن الإجازة إمضاء لما سبق فلا يظهر فيما يقضي[4].

(١٥٥١) ومن شرط صحة التحكيم: أن يكون الحكم من أهل الشهادة[5]؛ لأن القاضي لا يصلح قاضياً إذا لم يكن من أهل الشهادة فكذلك الحَكَم، فإن حكّما امرأة فحكمت فيما يجوز شهادتها جاز حكمها، وسنذكر مسائل التحكيم في موضعها إن شاء الله تعالى[6].

[نصب القاضي خصماً عن المجنون]

(١٥٥٢) قال: رجل تزوّج امرأة، ثم جُنّ، وله والد، فادّعت المرأة أن زوجها قد كان حلف قبل أن يتزوّجها بطلاق كل امرأة يتزوّجها ثلاثاً،

---

١ - وفي نسخة "ب" (لا يجوز حكم) وحذف (على القاضي).

٢ - الهندية ٣/٣٩٩.

٣ - الهندية ٣/٤٠٠.

٤ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٤.

٥ - الهندية ٣/٣٩٧.

٦ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٤.

وطلبت من القاضي أن ينصب والد زوجها خصماً لها ليقضي لها بالطلاق، قال محمد رحمه الله: إن كان جنوناً مطبقاً نصب والده خصماً[1].

قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله: إن رأى القاضي أن هذا القول ليس بشيء فأبطل القول وأمضى النكاح، ثم صحّ الزوج ومن رأيه أن الطلاق واقع هل يسعه المقام معها؟ قال محمد رحمه الله: نعم، يسعه ذلك، فقلت له: ورأيه على خلاف ذلك؟ قال: لأن القاضي لما قضى وسعه ذلك، وعن أبي يوسف رحمه الله: لا يسعه المقام معها وكذلك المرأة، وهذا بناءً على ما تقدّم أن رأي الزوج إذا كان هو للحرمة[2] ووقوع الطلاق لا ينفذ القضاء في حقه[3].

ثم شرط محمد رحمه الله لنصب الوالد خصماً للمرأة أن يكون جنون الزوج مطبقاً[4].

(١٥٥٣) قال قاضي القضاة رحمه الله: اختلفت الروايات في المطبق، واتفقت الروايات الظاهرة: أن الجنون إذا كان يوماً أو يومين لا يعتبر، ولا يصير غيره خصماً عنه وينفذ تصرفاته.

وأما المطبق في أظهر الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله: مقدر بأكثر السنة، وفي رواية عنه: مقدر بأكثر من يوم وليلة، ومحمد رحمه الله قَدَّرَ أولاً

---

١ – الفتاوى الخانية ٤٥٤/٢.

٢ – وفي نسخة "ب" و "ج" (هو الحرمة).

٣ – الفتاوى الخانية ٤٥٤/٢.

٤ – الفتاوى الخانية ٤٥٤/٢.

الجنون المطبق بشهر ثم رجع. وقدّره بسنة كاملة، وذكر الناطفي وشيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله: أن الجنون المطبق في قول أبي حنيفة رحمه الله مقدّر بشهر، وعليه الفتوى[1].

[القضاء بتنصيف الجهاز عند الطلاق قبل الدخول]

(١٥٥٤) قال: ولو أن امرأة قبضت المهر وتجهزت بذلك ثم طلقها زوجها قبل الدخول بها، وقضى القاضي بنصف الجهاز للزوج بناءً على ما قال بعض الناس أن الزوج لما دفع الصداق إليها فقد رضي بتصرفها، فصار تصرفها برضا الزوج كتصرف الزوج بنفسه، ولو تصرف الزوج بنفسه واشترى من المهر شيئاً فساق إليها ثم طلّقها قبل الدخول بها كان لها نصف الجهاز فكذلك ههنا[2].

ولو رفع قضاؤه إلى قاض آخر يجب عليه أن يبطله؛ لأن قضاءه بنصف الجهاز للزوج قضاء بخلاف قول الجمهور، وبخلاف كتاب[3] الله تعالى، فإن الله تعالى أوجب للزوج في الطلاق قبل المسيس نصف المفروض[4] وهو المسمّى في العقد، والجهاز لم يكن مسمّى في العقد فلا يتنصّف فكان قضاء الأول قضاء بخلاف النص فكان باطلاً[5].

---

١ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٤.

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٣٥.

٣ - وهو قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...﴾ [البقرة: ٢٣٧]

٤ - [البقرة: ٢٣٧]

٥ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٣٥ والفتاوى الهندية ٣/٣٦٤.

[القضاء بسقوط المهر لقدم النكاح]

(١٥٥٥) قال: ولو قضى قاض بإبطال المهر من غير بيّنة ولا إقـــرار، آخذاً بقول بعض العلماء: "إن قِدم النكاح يوجب سقوط المهر"؛ لأن الظـاهر سقوطه، إما بإيفاء من الزوج، أو بإبراء من المرأة، وترك المرأة الطلب في هـذه المدة دليل عليه، فهذا القضاء كان باطلاً؛ لأنه مخالف لإجماع السلف[1].

[القضاء بالقرعة]

(١٥٥٦) قال: ولو قضى قاضٍ بالقرعة في رقيق أعتق الميت واحـــداً منهم لم ينقض قضاؤه؛ لأنه مجتهد فيه، فمالك والشافعي رحمهما الله يقـولان: بالقرعة، واعتمدا على حديث الحسن البصري رحمه الله: أن رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه و لا مال له غيرهم، فأقرع رسول الله عليه السلام بينهم فأعتق اثنـين منهم[2]، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا ينفذ قضاؤه؛ لأن استعمال القرعـة نوع قمار وأنه حرام، ولئن صحّ حديث القرعة فقد كان، ثم انتسخ والعمـل بالمنسوخ باطل[3].

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٣.

٢ - أخرجه مالك في الموطأ (رواية سويد) ٥/٣٨٨، رقم: ٨٨٢، وأخرجه موصـولاً عـن عمران بن حصين: مسلم في صحيحه، كتاب الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبـد، رقم: ١٦٦٨، وأبو داود في سننه، كتاب العتق، باب فيمن أعتق عبيداً لــه لم يبلغهم الثلث، رقم: ٣٩٥٨-٣٩٥٩-٣٩٦٠-٣٩٦١؛ والترمذي في سننه، كتاب الأحكـام، باب: ٢٧، ماجاء فيمن يعتق مماليكه عند موته وليس له مال غيرهم، رقم: ١٣٦٨؛ وابن ماجه، كتاب الأحكام، باب القضاء بالقرعة، رقم: ٢٣٤٥؛ والفتاوى الهندية ٣/٣٦٤.

٣ - انظر لتفصيل المسألة واختلاف العلماء فيها: أوجز المسالك إلى مؤطأ مـالك للشـيخ زكريا الكاندهلوي ١٠/٣٤٦-٣٥١ ط: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بـيروت، لبنان ١٩٨٩م؛ وسنن الترمذي، رقم: ١٣٦٨.

[كتاب القاضي إلى القاضي في فصل مجتهد فيه]

(١٥٥٧) قال: القاضي إذا كتب كتاباً إلى قاضٍ آخر في فصل مجتهد فيه فإن القاضي المكتوب إليه يعمل برأي نفسه، ولا ينفذ كتاب القاضي على خلاف رأيه، وينفذ سجل غيره فيما كان مجتهداً فيه، وإن كان السجل مخالفاً لرأيه؛ لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمترلة الشهادة على الشهادة؛ وفي الشهادة القاضي يعمل برأي نفسه، أما السجل يحكي عن قضاء غيره فلا يعمل فيه برأي نفسه[١].

[القضاء برد النكاح بالعيب]

(١٥٥٨) قال: ولو قضى بردّ نكاح امرأة بعيب من العيوب لم ينقض قضاؤه؛ لأنه مجتهد فيه في الصدر الأول، وكان عمر رضي الله عنه يقول: بردّ المرأة بالعيوب الخمسة[٢] وكان عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما: لايريان الردّ[٣] ولأن هذا قضاء مختلف فيه بين أصحابنا رحمهم الله، فمحمد رحمه الله يقول: بالردّ، فالقضاء صادف محلاً مجتهداً فيه فينفذ قضاؤه[٤].

---

١ - الفتاوى الخانية ٣٥٦/٢.

٢ - موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه /٦٢٩-٦٣٠.

٣ - وفي موسوعة فقه علي بن أبي طالب رضي الله عنه: إن كان العيب بالمرأة فللرجل أن يفسخ النكاح إن لم يدخل بها، وإن دخل فله أن يمسكها، أو يطلقها، وعليه المهر، وإن كان العيب بالرجل فللمرأة فسخ النكاح /٤٤٤-٤٤٦؛ وفي موسوعة فقه عبد الله بن مسعود: إن كان العيب بالمرأة فليس له فسخ النكاح؛ لأن له طريقاً للخلاص من الزوجة وهو الطلاق، وإن كان العيب بالرجل فلها فسخ النكاح؛ لأنها لا تملك من أمر الطلاق شيئاً /٣٨٠.

٤ - الفتاوى الهندية ٣٦٣/٣.

[القضاء بجواز النكاح بغير الشهود]

(**١٥٥٩**) قال: ولو قضى بجواز نكاح بغير الشهود، أو بشهادة نساء ليس فيهن رجل، نفذ قضاؤه؛ لأن المسألة مختلف فيها، فمالك وعثمان البتي[١] كانا يشترطان الإعلان لا غير[٢] حتى لو حصل الإعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح عندهما، وقد اعتبر خلافهما ههنا؛ لأن الموضع موضع اشتباه الدليل؛ لأن اعتبار النكاح بسائر تصرفاته يقتضي أن يشترط الشهادة، ولأن بعض الدلائل المقتضية لجواز النكاح مطلقة غير مقيدة باشتراط الشهادة.

وذكر ابن رستم رحمه الله: ينبغي للقاضي الثاني أن يجيز قضاء الأول، وليس له أن يبطله[٣].

[القضاء ببطلان طلاق الحامل والحائض]

(**١٥٦٠**) قال: رجل طلق امرأته ثلاثاً وهي حبلى أو حائض أو طلقها ثلاثاً قبل الدخول فرفع ذلك إلى قاضٍ لا يرى الثلاث ولا طلاق الحامل

---

١ - عثمان البتّي هو عثمان بن مسلم بن هرمز من أهل البصرة، رأى أنس بن مالك رضي الله عنه، وروى عن أبي الخليل صالح بن أبي مريم والحسن وغيرهما، روى عنه شعبة والثوري وجماعة، وقال شعبة: دخلنا على البتّي نعوده، وذكر قصة ذكرها الدار قطني في المختلف، وكان البتّي يقول: ما رأيت بهذه البصرة أعلم بالقضاء من محمد بن سيرين (الأنساب للسمعاني ٢٨١/١-٢٨٢ ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٩٨٨م).

٢ - انظر تفصيل مذهب مالك رحمه الله في عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي للإمام الحافظ ابن العربي المالكي ٣٠٧/٣-٣١٠ ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٩٥م.

٣ - الفتاوى الخانية ٤٥٧/٢؛ والفتاوى الهندية ٣٦٢/٣.

والحائض واقعاً كما هو مذهب بعض العلماء، فحكم ببطلان طلاق الحامل والحائض، أو ببطلان مازاد على الواحدة، ثم رفع ذلك إلى قاضٍ آخر فإن الثاني يبطل الأول[1].

[القضاء بالشهادة على الشهادة]

(١٥٦١) قال: وإذا قضى بالشهادة على الشهادة فيما دون مسيرة سفر نفذ قضاؤه؛ لأنه مجتهد فيه، فأبو يوسف رحمه الله: لا يشترط مسيرة السفر[2].

[القضاء بنصب وكيل عن الغائب]

(١٥٦٢) قال: رجل عليه دين لرجل فطالبه صاحب المال، فقال المديون: إن لم أقضك مالك اليوم فامرأته طالق، أو عبده حر، ثم يغيب عنه الطالب فخاف الحالف أن يحنث في يمينه، فجاء المطلوب إلى القاضي، فقصّ عليه القصة فنصب القاضي للغائب وكيلاً في قبض ديونه ودفع إليه المال، وحكم القاضي بذلك، ثم رفع ذلك إلى قاضٍ آخر، ذكر صاحب الأقضية رحمه الله: أن قضاء الأول باطل فلا يجوز له نصب الوكيل عن الغائب عند أبي يوسف رحمه الله؛ قال صاحب المحيط رحمه الله: هذا قول الكل، ولكن خص صاحب الأقضية قول أبي يوسف رحمه الله بالذكر[3].

---

١ – الفتاوى الخانية ٤٥٧/٢؛ والفتاوى الهندية ٣٦٣/٣؛ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٣٧/٣.

٢ – الفتاوى الهندية ٣٦٥/٣.

٣ – الفتاوى الخانية ٤٥٦/٢.

وذكر الناطفي رحمه الله في الواقعات: ذكر في كتاب الحسن بن زياد رحمه الله: أن القاضي ينصب وكيلاً عن الغائب ويقبض ما عليه حتى لا يحنث الحالف؛ قال الناطفي رحمه الله: الفتوى عليه[1]، ووجه ما ذكر في الأقضية: أنه لو جاز هذا، إنما يجوز من حيث أن نصب الوكيل عن الغائب مختلف فيه إلا أن الخلاف فيما إذا ادّعى رجل على الغائب حقاً وقامت البيّنة عليه، فعندنا: القاضي لا ينصب عنه وكيلاً، وعند بعض العلماء: ينصب عنه وكيلاً، ولم يوجد ذلك ههنا، فلا يكون هذا نصباً عن الغائب، ولكن هذاتحرّزاً عن الحنث[2].

(١٥٦٣) قال: رجل قدّم رجلاً إلى قاضٍ وقال: إن لأبي على هذا الرجل ألف درهم، وأبي غائب، وأنا أخاف أن يتوارى هذا الرجل فجعله القاضي وكيلاً لأبيه، وقبل بينة الابن على المال، وحكم بذلك ثم رفع ذلك إلى قاضٍ آخر فإن الثاني لا يجيز قضاء الأول؛ لأن بينة الابن ما قامت بحق على الغائب حتى يكون ذلك قضاءً على الغائب، بل هذا إخبار أن للغائب على هذا كذا وأنه ليس بخصم عن الغائب، بل هو فضولي فلا ينفذ قضاؤه له بخلاف المفقود، فإن القاضي يجعل ابن المفقود وكيلاً في طلب حقوقه؛ لأن المفقود بمنزلة الميت في بعض الأحكام، وللقاضي بسوطة في ماله، وله ولاية نصب القيّم في مثله، أما ههنا بخلافه[3].

---

١ - الفتاوى الخانية ٤٥٦/٢؛ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٤٣/٣.

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٤٣/٣.

٣ - الفتاوى الخانية ٤٥٦/٢؛ وشرح أدب القاضي ١٤٣/٣.

وروي عن محمد رحمه الله أنه قال: يجوز قضاؤه؛ لأن للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب، وعلى الغائب في الجملة؛ ونظير هذا رجل جاء إلى القاضي، وقال إن لفلان الغائب عليّ كذا من المال وإني قضيته، وهو الآن في بلد كذا، وأنا أريد أن أذهب إلى ذلك البلد، وأخاف أن يأخذني الطالب بالمال ثانياً ويجحد الإيفاء فاسمع من شهودي ههنا، واكتب لي حجة حتى لو خاصمني يكون حجةً لي، فإن القاضي يسمع بينته ويجعل عن الغائب خصماً.

وكذلك لو جاءت امرأة إلى القاضي، وقالت: إن زوجي طلّقني ثلاثاً وأنه في بلد كذا، وأريد أن أقدم تلك البلدة، وأخاف أن يجحد الطلاق فاسمع من شهودي واكتب لي حجة، فإن القاضي يجعل للغائب خصماً ويسمع عليه البينة.

قال محمد رحمه الله: في المفقود: ليس للقاضي أن ينصب وكيلاً عن الغائب، فلو أن القاضي سمع البينة على الغائب من غير خصم ووكيل وقضى على الغائب ففي نفاذ قضائه على الغائب روايتان ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام المعروف بخواهر زادة رحمهما الله: ينفذ قضاؤه، وغيرهما من المشايخ رحمهم الله قالوا: لا ينفذ[1].

(١٥٦٤) وإذا خاف صاحب الدين غيبة الشهود أو موتهم، وأراد إثبات الدين على الغائب، قال بعضهم: يوكّل غيره بإثبات حقوقه على الناس، فيجعل ما يريد إثباته على الغائب من طلاق، أو عتاق، أو بيع شرطاً للوكالة بأن قال: إن كان فلان طلّق امرأته، أو أعتق عبده، فأنت وكيلي في إثبات

---

١ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٥.

حقوقي على الناس، ثم إن هذا الوكيل يُحضر رجلاً وهو يقول: إن فلاناً وكّلني بطلب حقوقه على الناس أجمعين، إن كان فلان باع داره لفلان أو أعتق عبده أو طلّق امرأته فإن فلاناً الغائب قد باع داره لفلان أو أعتق عبده أو طلّق امرأته، فصرت وكيلاً في إثبات حقوق موكلي، وأن لموكلي هذا عليك ألف درهم، فيقول المدعى عليه: بلى إن فلاناً وكّلك على هذا الوجه، ولكني لا أعلم أن الشرط قد وجد، فيقيم المدعي البينة على الشرط فيقضي القاضي بالشرط، إلا أن هذا فصل اختلف فيه المشايخ أن الإنسان هل ينتصب خصماً عن الغائب في إثبات شرط حقه؟ قال بعضهم: ينتصب، والصحيح: أنه لا ينتصب إذا كان شرطاً يتضرّر به الغير، كالطلاق والعتاق وما أشبه ذلك[1].

(١٥٦٥) والصحيح ما ذكر محمد رحمه الله في الجامع الكبير وهو: أن الرجل إذا أراد إثبات الدين على الغائب ينبغي لرجل أن يقول لصاحب الدين: كفّلت لك بكلّ مالك على فلان الغائب، ثم إن صاحب الدين يحضر الكفيل إلى مجلس القاضي، ويقول: إن لي على فلان الغائب ألف درهم، وإن هذا الرجل كفل لي بجميع مالي على فلان، ولي على فلان الغائب ألف درهم قبل كفالة هذا الرجل، فيقر الكفيل بالكفالة وينكر المال على الغائب، صح إنكاره؛ لأن قوله: "كفلت لك بكل ما لك على فلان" لا يكون إقراراً منه بالمال؛ لأنه مجهول، فأما إذا أقام المدعي البينة أن له على الغائب ألف درهم كان له عليه قبل الكفالة، قبلت بينته ويقضى له بالكفالة والمال؛ لأنه ادعى

---

١ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٥؛ والفتاو ى الهندية ٣/٣٦٨-٣٦٩.

على الغائب ما هو سبب لحقه على الحاضر، فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب فيكون القضاء عليه قضاءً على الغائب، حتى لو حضر الغائب، وأنكر الدين لا يلتفت إلى إنكاره، ولا يكون هذا قضاءً على المسخر؛ لأن المدعي فيما ادّعى على الكفيل كان صادقاً ثم يبرئ المدّعي الكفيل عن المال والكفالة، فيبقى المال له على الغائب[1].

وكذلك لو كانت الكفالة على هذا الوجه بين يدي القاضي، ودعوى الكفالة عن الغائب بأمره أو بغير أمره سواء، ولو ادعى ألفاً على الغائب وادعى الكفالة عن الغائب على الحاضر، إن ادعى الكفالة بالأمر يصير الغائب مقضياً عليه بالدين؛ وإن ادعى الكفالة لا بالأمر لا يصير الغائب مقضياً عليه، بخلاف ما إذا ادّعى كفالةً عامةً بكل ماله على الغائب، ثم يقضي على الحاضر يكون ذلك قضاءً على الغائب، سواء ادّعى الكفالة بأمره أو لم يدّع[2].

والفرق ما عرف في قضاء الجامع الكبير.

قال: رجل ادعى على رجل ديناً فقضى القاضي له عليه ببينة أقامها، فغاب المقضي عليه أو مات وترك أموالاً في المصر في يد أقوام يقرّون بذلك المال للمقضي عليه، وخلّف المقضي عليه وارثاً فإنّ القاضي لا يدفع شيئاً من ماله إلى المقضي له ما لم يحضر المقضي عليه إن كان غائباً أو يحضر وارثه إن كان ميتاً لاحتمال أن الغائب قد قضى دينه[3].

---

١ – الفتاوى الخانية ٢/٤٥٥؛ والفتاوى الهندية ٣/٣٦٩.

٢ – الفتاوى الخانية ٢/٤٥٦؛ والفتاوى الهندية ٣/٣٦٩.

٣ – الفتاوى الخانية ٢/٤٥٦.

[القضاء ببيع الماء بغير أرض]

(١٥٦٦) قال: رجل اشترى ماءً لغير أرض، فخاصمه البائع إلى القاضي فأجاز البيع، ثم اختصما إلى قاضٍ آخر فأبطله الثاني، ذكر الناطفي رحمه الله: أنه يجوز إجازة الأول، وإبطال الثاني باطل، ولو كان الأول أبطل البيع فأجازه الثاني يجوز إبطال الأول ولا يجوز إجازة الثاني؛ لأنه مجتهد فيه، روى هشام عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوز بيع الماء بغير أرض. وذكر في شرب الأصل: أنه لا يجوز في قولهم[١].

[قضاء القاضي لامرأة بشهادة زوجها]

(١٥٦٧) قال: ولو أن قاضياً قضى لامرأة بشهادة زوجها وأجنبي آخر فرفع ذلك إلى قاض لا يجيز شهادة الرجل لامرأته، أمضى الثاني حكم الأول؛ لأن الأول قضى بدليل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه[٢].

[قضاء القاضي لامرأته]

(١٥٦٨) ولو كان القاضي قضى لامرأته بشهادة رجلين لايجوز، فإن رفع ذلك إلى قاضٍ آخر لا يراه جائزًا أبطله؛ لأن نفس القضاء مختلف فيه، فإنه كما لا يصلح أن يكون شاهداً لامرأته، لايكون من أهل القضاء لها، فكان للثاني أن يبطله، فإن رفع قضاء الأول إلى من يرى جوازه، ثم رفع إمضاء الثاني إلى ثالث لا يرى جوازه، أمضى الثالث إمضاء الثاني ولا يبطله[٣].

---

١ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٧.

٢ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٨.

٣ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٨.

[قضاء الأعمى]

(١٥٦٩) القاضي إذا قضى وهو أعمى، ثم رفع قضاؤه إلى من لا يرى قضاء الأعمى جائزاً فإنه يبطل قضاء الأول، ولو كان الثاني يراه جائزاً فأجاز قضاء الأول، ثم رفع إلى ثالث لا يرى جواز ذلك، فإن الثالث يمضي حكم الثاني[١].

[القضاء ببطلان طلاق المكره]

(١٥٧٠) ولو أن قاضياً قضى ببطلان طلاق المكره، ثم رفع ذلك إلى قاض يرى طلاق المكره واقعاً، فأبطل حكم الأول لا يجوز إبطاله[٢].

[القضاء بعدم التأجيل للعنين]

(١٥٧١) ولو أن قاضياً قضى في العنِّين بأن لا يؤجل، ثم رفع إلى قاضٍ آخر فإن الثاني يؤجِّله حولاً ويبطل قضاء الأول[٣].

[بيع القاضي مال الصغير بغبن فاحش]

(١٥٧٢) قال ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: قاضٍ باع على صغار داراً بألف درهم، وقيمتها خمسة آلاف، فأقاموا بعد بلوغهم البينة على المشتري عند غير ذلك القاضي أن قيمة الدار كانت يومئذٍ خمسة آلاف، فإن هذا القاضي يبطل هذا البيع؛ لأن تصرف القاضي على الصغير إنما ينفذ إذا

---

١ – الفتاوى الخانية ٢/٤٥٨.

٢ – الفتاوى الخانية ٢/٤٥٨.

٣ – الفتاوى الخانية ٢/٤٥٩؛ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٣٩.

كان فيه نظر للصغير؛ لأن ولايته على الصغار بشرط النظر، وليس من النظر بيع دارهم بغبن فاحش، فهم بهذه البينة أثبتوا أن ذلك البيع كان باطلاً فيقبل ذلك منهم ويقضي، فإن أراد القاضي الأول وهو قاضٍ على حاله أن يكتب إلى القاضي الثاني بعد حكمه ببطلان هذا البيع أن قيمة الدار كانت يومئذٍ ألفاً لم يلتفت إلى ذلك، ولو كتب قبل الحكم بعد الشهادة تقبل ولا يقضى بالشهادة؛ لأن إخباره أن القيمة كانت ألفاً يومئذٍ جرح في الشهادة، فإذا كان قبل القضاء بعد الأداء لا يقضي لمكان هذا الجرح، وبعد القضاء الجرح لا يقدح في صحة القضاء، فبقي نافذاً كما كان، ألا ترى! أنه لو شهدت به شهود المشتري أن ذلك القاضي أشهدهم حين باعها أن قيمتها ألف لا تقبل شهادتهم على زيادة القيمة؛ لأن قول القاضي حجة فقد ثبت بهذه الشهادة خلاف ما شهدت به هذه الشهود، فلايقبل شهادتهم على مناقضته من بعد[1].

[القضاء بالشهادة على البلوغ]

(١٥٧٣) قال ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: "في رجل ادعى أنه باع منه هذه الدار في شهر كذا في سنة كذا وهو يومئذٍ بالغ، فأقام الغلام البينة أنه أعتق بعد هذا الوقت عبداً له فرفع إلى قاضٍ فلان ولم يُجز عتقه لاستصغاره إيّاه فإنه يقضي ببينة الشراء؛ لأن البينات للإثبات، وهم شهدوا بأمر حادث وهو البلوغ، ولأن شهود الغلام إنما شهدوا على العمل

١ – ويملك ولاية أموال غير المكلفين ممن لا وليّ له، وأما من له ولي فلا إلا أن يتصرف غير صالح فله نقضه، أو كان مبذّراً مسرفاً فله منعه (البحر الرائق ٦/٢٩٦).

باستصحاب الحال من القاضي، وهؤلاء الشهود وقفوا على ما لم يقف عليه القاضي وهو البلوغ، فكان قولهم أولى بالقبول، ولو قامت البينة أنه ابن اثنتي عشرة سنة فقضى القاضي بأنه صغير وأنه ولد كما وقّتوا من السنين، ثم شهد آخرون أنه ابن خمس عشرة سنة، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن القضاء لما اتصل بالشهادة الأولى لم تصلح الشهادة الثانية معارضةً لها؛ لأن الشهادة قبل اتصال القضاء بها ليس بحجة، وما ليس بحجة لا يصلح معارضاً للحجة.

ونظير هذا: إذا شهد الشهود أنه طلّق امرأته يوم النحر من سنة كذا بمكة، وقضى به القاضي، ثم شهد آخرون على أنه أعتق عبده في ذلك اليوم من تلك السنة بكوفة، لا يقبل هذه الشهادة الثانية ولاينقض به القضاء الأول، بخلاف ما إذا شهدوا بذلك قبل القضاء فإنه لايقضي، والفرق ما ذكرنا.

ولو قالوا: نشهد أنه بالغ محتلم تقبل هذه الشهادة؛ لأن البلوغ والاحتلام من مثل هذا الغلام محتمل، فلم يكن في العمل بهذه الشهادة نقض للقضاء الأول؛ لأن القضاء وقع على إثبات سنه، ثم إن ما لم يحكم ببلوغه بالاستصغار وذلك باستصحاب الحال، فكان العمل بالشهادة بالبلوغ أولى بالقبول، قال ألا ترى! لو قالوا: رأيناه يحتلم قُبِلَ ذلك لأنهم أثبتوا بشهادتهم ما لم يقف عليه القاضي، فكذلك ههنا.

[القضاء من غير بيان وجه القضاء]

(١٥٧٤) قال: القاضي إذا قضى بأقضية يختلف فيها الناس، أو قضى لرجل على رجل بحق، وأشهد على قضائه شهوداً، و لم يبيّن بأي وجه قضى، ثم رفع ذلك إلى قاضٍ آخر، فقال الثاني: اشهدوا أني قد أبطلت ما قضى فلان

بن فلان القاضي على فلان ونقضت قضاءه بأمر قد تحقق عندي إبطاله، أو قال: اشهدوا أني قد أبطلت ما قضى فلان على فلان ولم يزد على ذلك شيئاً، ثم رُفع ذلك إلى قاضٍ ثالث، فإن الثالث يبطل ما أبطله الثاني؛ لأن الثاني أجمل ولم يفسّر، فإذا لم يعلم أي قضائين كان حقاً يجعل كأنهما كانا معاً وعند ذلك بطلا، لمكان التعارض وتعذّر الجمع بينهما وترجيح أحدهما على الآخر؛ لأنه ليس أحدهما بالتقديم بأولى من الآخر، فكما لا يرد النقض على المجاز لا يرد الإجازة على المنقوض، فيجعل الحق للذي في يده المدعى به؛ لأن القاضي الثاني أخرجه من يده، فلا ينقض يده بالشك، فيبقى يد ذي اليد كما كان[1].

وذكر في الرقيات حكم إبطال الثاني قضية القاضي الأول على نحو ما ذكرنا، وزاد فيه فقال: والقاضي الواحد فيه والاثنان سواء؛ لأنه لما صحّ القضاء لمصادفته محل الاجتهاد، فكما لا يحتمله النقض من هذا القاضي لا يحتمل من غيره[2].

قال ابن سماعة رحمه الله: قلت في كتابي لمحمد رحمه الله: رجل مات وباع رجل متاعاً من تركته فخاصمه في ذلك بعض الورثة إلى القاضي، وأقام الرجل البينة أن فلاناً القاضي أجاز ما باع من تركة فلان، وأقام الورثةُ البينة أن ذلك القاضي أو غيره أبطل جميع ما باع من تركة فلان ونقضه، قال: إن لم يعلم أيهما كان أولاً فإنه ينقض؛ لأنه متى جهل التأريخ بينهما جعل كأنهما

---

١ - الفتاوى الخانية ٤٥٩/٢.

٢ - الفتاوى الخانية ٤٥٩/٢.

كانا معاً فبطل للتعارض، وصار كأنه لم يجزه قاضٍ ولم يردّه فيبطل بيعه؛ لأنه ليس بوصي ولا جائز الأمر، فإن وقّت الشهود وقتاً أخذت بالوقت الآخر؛ لأن القضاء الآخر يبطل القضاء الأول والله أعلم.

الفصل الثاني

فيما يجوز قضاء القاضي وما لا يجوز

وهذا الفصل مشتمل على أنواع:

النوع الأول

في بيان ما لا يجوز للقاضي أن يقضي لنفسه ولمن لا تقبل شهادته له

[القضاء والشهادة في حق نفسه]

(١٥٧٥) قال: الإنسان لا يصلح قاضياً في حق نفسه، إما لأنه لا يصلح شاهداً لنفسه، ومن لا يصلح شاهداً في شيء لا يصلح قاضياً فيه؛ لأن كل واحد منهما من باب الولاية لما فيه من تنفيذ القول على الغير، إلا أن ولاية القضاء أقوى وتنفيذ القول فيه أبلغ، ومن لا يصلح لأدنى الولايتين لا يصلح لأعلاهما؛ وإما لأن القضاء لابد له من مقضي له ومن مقضي عليه، والإنسان لا يصلح في حق نفسه مقضيّاً له ومقضياً عليه، فإذا قضى القاضي لنفسه من كل وجه لا ينفذ بإمضاء قاضٍ آخر، وإذا قضى لنفسه من وجه ينفذ بإمضاء قاضٍ آخر، فإذا قضى لغيره من كل وجه فإن لم يصلح قاضياً بيقين لا ينفذ قضاؤه وإن أمضاه قاضٍ آخر[1] وإن كان في صلاحيّته اختلاف، فإذا أمضاه قاضٍ آخر نفذ قضاؤه بالإجماع.

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٦.

وإن وقع الخلاف في أنه قضاء لغيره من كل وجه، أو قضاء لغيره من وجه ولنفسه من وجه آخر، يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر وسيأتي بيانه في خلال المسائل إن شاء الله تعالى[1].

[ادعاء القاضي لنفسه]

(١٥٧٦) قال: في أدب القاضي: لو أن قاضياً باع لنفسه أو اشترى ثم تنازعا لم يصدّق على[2] شيء مما يدّعي أو يدّعى عليه؛ لأنه فيما ينكر يخبر لنفسه، وخبره محتمل للكذب؛ لأنه غير معصوم عن ذلك، وقول من ليس بمعصوم عن الكذب بانفراده ليس بحجة إلا إذا كان على وجه القضاء، وهذا على غير وجه القضاء؛ لأن ما كان على وجه القضاء يكون لله تعالى ، وفيما يدّعي على غيره يقصد إلزام الحق عليه ، والمدعي لا يجوز أن يستحق بنفس دعواه شيئاً لقوله عليه السلام: "لو أعطي الناس بدعواهم لادعى الناس دماء قوم وأموالهم؛ لكن البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر[3]"، فقد أخرج الدعوى من أن يكون سبباً للاستحقاق ، ولأن الخصم بالجحود يعارضه بمثله فلا يصلح قوله حجة مع المعارضة بدون دليل موجب للترجيح، والدليل الموجب للترجيح ما أشار إليه رسول الله عليه السلام من البينة أو اليمين ولم يوجد كلاهما فلا يصدّق.

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٦٦/٣.

٢ - وفي نسخة "ب" هكذا وفي نسخة "ج" (لم يصدق في شيء).

٣ - المسند للإمام أحمد بن حنبل ٣٦٣/١؛ وأخرجه البخاري في صحيحه: ٢٠١٤-٢٦٦٨-٤٥٥٢؛ مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية ١٧١١.

[قضاء القاضي لوكيله]

(١٥٧٧) قال: ولا يجوز للقاضي أن يقضي لوكيله ولا لوكيل وكيله؛ لأن الوكيل في الخصومة سفير ومعبّر، فيكون القضاء واقعاً للموكل، والقضاء لنفسه باطل لما ذكرنا، ولأن القضاء يعتمد مقضياً له ومقضياً عليه ولم يوجد، وكذلك وكيله بالبيع والإجارة إذا خاصم لا يجوز قضاؤه له؛ لأن حقوق العقد، وإن كان راجعاً إلى الوكيل، وكل ما هو حكم العقد فالمقصود به إنما هو الملك، والملك واقع للموكّل فكان القضاء واقعاً للقاضي من حيث الحقيقة[1].

وكذلك لا يقضى لوكيل الوالدين والمولودين والزوجات وعبيدهم ومكاتبيهم؛ لمكان التهمة واعتبار البعضية واتصال الأملاك والانتفاع بها من غير استئذان، ولا حشمة؛ وتلك التهمة مانعة قبول الشهادة والقضاء لهم.

[قضاء القاضي لشريكه]

(١٥٧٨) وكذلك لا يجوز للقاضي أن يقضي لشريكه ولا لوكيل شريكه، ولا لعبد شريكه ولا لمكاتبه، شركة مفاوضة أو شركة عنان إذا كانت الخصومة في مال هذه الشركة؛ لأن ما من شيء يقضي به إلا وله فيه شركة، والقضاء لنفسه باطل لما مر[2].

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٦٦/٣.

٢ - الفتاوى الهندية ٣٦٧/٣.

قال: ولو أن رجلاً مات وأوصى للقاضي بثلث ماله، وأوصى إلى رجل آخر لم يجز قضاؤه للميت بشيء من الأشياء؛ لأنه إذا قضى بأيّ شيء كان من التركة للميت، فقد قضى لنفسه بثلثه، فيكون قضاءً لنفسه وإنه لا يجوز[1].

وكذلك إذا كان القاضي أحد ورثة الميت، وكذلك لو كان الموصى له ابن القاضي أو أباه أو امرأته أو عبده أو مكاتبه، أو عبد من لا يقبل شهادته له؛ لأن قضاءه لهؤلاء لا يجوز لما مر[2].

وكذلك إذا كان القاضي وكيل الموصي في ميراث الميت، وكذلك إذا كان للقاضي على الميت دين لا يجوز قضاؤه للميت بشيء.

فرق بين قضاء القاضي لغريمه بعد موت الغريم، وبين قضائه له في حال حياته، والفرق: أن الدين لا يتعلق بمال الصحيح، وكان القضاء في حال صحته واقعاً للغريم من كل وجه أما بعد الموت فالدين يتعلّق بماله وكان المال المقضي به حقاً لربّ الدين من ذلك الوجه، وإذا وكّل أحد الخصمين عبد القاضي أو مكاتبه أو بعض من لا يقبل شهادته له لا يجوز له أن يقضي للوكيل على خصمه؛ لأن القضاء يقع للوكيل من حيث الظاهر وأنه لا يصلح قاضياً في حق هؤلاء.

قال: وإذا وكّل رجل رجلاً بالخصومة فاستقضي الوكيل ليس له أن يقضي في ذلك، ولو وكّل رجلاً آخر لا يجوز أن يقضي له أيضاً، إما لأنه ليس

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

له ولاية التوكيل بحكم ولاية القضاء؛ لأنه إن أقام بحكم القضاء كان هذا قضاءً للغائب، وإما لأنه لم يقل له الموكل: ما صنعت من شيء فهو جائز، وإن قال له: ما صنعت من شيء فهو جائز لم يجز قضاؤه للوكيل الثاني[1] أيضاً؛ لأن الوكالة الثانية مستفادة من جهة الوكيل الأول فصار كل واحد منهما وكيلين للموكل الأول، ولهذا لو أراد الموكل عزلهما، فله ذلك وينعزلان بموته، ولا ينعزل الوكيل الثاني بموت الوكيل الأول.

فرق بين هذا وبين ما إذا أمر القاضي رجلاً أن يبيع مال يتيم فخاصم الوكيل في شيء من حقوق ذلك العقد إلى هذا القاضي، فإنه يجوز له أن يقضي لهذا الوكيل.

والفرق: أن القاضي في تصرف مال اليتيم ليس بخصم فكذا نائبه، ولهذا لا يلحقه العهدة، فانتقل العقد إلى اليتيم من كل وجه، فكان قضاء لليتيم من كل وجه، لا لوكيل القاضي، أما ههنا بخلافه.

[أمر القاضي لنائبه بسماع الدعوى والشهادة وكتابة الإقرار]

(١٥٧٩) قال: وإذا أمر القاضي لنائبه أن يسمع الدعوى والخصومة ويسمع شهادة الشهود ويكتب الإقرار، ولكن لا يقطع الحكم ، فله، أن يسمع الدعوى ويكتب إقرار من أقر عنده ويسأل عن الشهود ثم ينهي ذلك إلى القاضي، فيكون القاضي هو الذي يحكم بعد أن يعرف صحة ذلك، ثم إذا

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

رفع النائب إلى القاضي فالقاضي لا يقضي بتلك البينة بل يــأمر بإحضـار المدعي والمدعى عليه، وبإحضار الشهود ويأمر الشهود أن يشهدوا ثانياً عنده بحضرة المدعي والمدعى عليه، فإذا صحت الشهادة عنــده قضـى بتلـك الشهــادة [1].

قال صاحب المحيط رحمه الله: هذا فصل، الناس عنه غافلون فإن نـائب القاضي يسمع البينة، ويكتب الإقرار، ويبعث إلى القاضي؛ والقاضي يقضـي بذلك وهذا لا يجوز.

[شهادة الشهود بحق عند خليفة القاضي]

(١٥٨٠) قال: إذا شهد الشهود بحق عند خليفة القـاضي ثم غـابوا فأعلم الخليفة القاضي بما شهد عنده لهذا على هذا، فالقاضي لا يقبل ذلك، ولا يحكم حتى يعيد الشهادة عنده.

وكذلك إن كان المدعى عليه أقر عند خليفة ثم جحد بعد ذلك، فأخبر الخليفة القاضي بإقراره عنده، فالقاضي لا يقبل ذلك إلا أن يشهد معه غـيره على إقراره، فإذا شهد معه غيره فحينئذٍ يقبل القاضي ذلـك علـى طريـق الشهادة.

وسئل الشيخ القاضي الإمام شمس الإسلام الأوزجندي عن القـاضي إذا سمع الدعوى وسمع النائب الشهادة هل يقضي النائب بالشـهادة بـدون إعـادة

---

١ - البحر الرائق لابن نجيم المصري ٧/٧.

الدعوى؟ قال: لا، إلا أن يأمره القاضي بالحكم بتلك البينة، وسئل عن القاضي أيضاً إذا سمع الدعوى والشهادة و لم يحكم وأمر النائب بالحكم، وهو مأذون بالاستخلاف، هل يصح هذا الأمر؟ وإذا حكم النائب هل يصح حكمه؟ قال: نعم[1].

وإذا كان القاضي مأذوناً بالاستخلاف فَحَكَمَ خليفته في حادثة فوقعت الحاجة إلى إثبات حكمه عند القاضي الأعلى، ينبغي أن يثبتوا ذلك بشرائطه من تقديم دعوى صحيحة على خصم حاضر كما لو أثبتوا قضاء قاضٍ آخر[2].

[قضاء القاضي للإمام الذي ولاّه أو عليه]

(**١٥٨١**) ولو أن قاضياً قضى للإمام الذي ولاّه القضاء، أو قضى عليه جاز[3]؛ لأن المقلّد ليس بنائب عن المقلّد بل هو نائب عن صاحب الشرع في تنفيذ أحكام الله تعالى، أو نائب عن جماعة المسلمين في إقامة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ لأن القضاء أمر بالمعروف لما فيه من الأمر بإيصال الحق إلى المستحق، ونهي عن المنكر لما فيه من قصر يد الظالم عن المظلوم ومنعه عن الظلم، وإنه واجب على كل واحد من آحاد المسلمين، إلا أنهم لكثرتهم عجزوا عن إقامته فانتصب القاضي نائباً عنهم فيما عجزوا،

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٠؛ والبحر الرائق ٧/٧.

٢ - البحر الرائق ٧/٧.

٣ - البحر الرائق ٧/٦.

والإمام نائب عنهم في التقليد والتصرف، فكان الإخلاف والتقليد كأنه من جماعة المسلمين فإذا عمّ[1] التقليد في الاستخلاف صار نائباً مطلقاً، نافذ التصرف على العموم فيملك التفويض إلى من شاء.

(١٥٨٢) وكذا قاضي القضاة لو خوصم إلى قاض ولاّه هو، فقضى له أو عليه جاز ذلك؛ لأن حكم قاضي القضاة في حق هذا القاضي كحكم الإمام الأعظم في حقه، وقاضي القضاة لو قضى للإمام الأعظم جاز فكذا هذا.

[نصب القاضي مسخّراً عن غائب]

(١٥٨٣) قال: إذا نصب القاضي مسخّراً عن غائب لا يجوز له أن يفعل ذلك ، ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه.

(١٥٨٤) وتفسير المسخّر: أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه، وكذلك لو أحضر رجل غيره عند القاضي ليسمع الخصومة عليه، والقاضي يعلم أن المحضر ليس بخصم فينبغي للقاضي أن لا يسمع الخصومة عليه ولو سمع يأثم[2].

(١٥٨٥) وإنما يجوز نصب الوكيل عن خصم استخفى في بيته، ولا يحضر مجلس الحكم، ولكن بعد ما بعث الأمناء إلى داره، ونودي على باب

---

١ - وفي نسخة " أ " و "ب" (عمّم).

٢ - الفتاوى الهندية ٣٦٨/٣؛ البحر الرائق ١٩/٧.

داره على التفسير الذي ذكرناه في صدر الكتاب[1]، أما في غير ذلك الموضع فلا[2].

(١٥٨٦) والدليل على أن نصب المسخر لا يجوز ما ذكر الخصاف رحمه الله في أدب القاضي: رجل ادعى عقاراً في يد رجل وأقام بيّنة على الملك فالقاضي لا يسمع بينته ولا يقضي له بالملك ما لم يعلم أن العقار المدعى به في يد المدعى عليه، أو يشهد الشهود بذلك لجواز أن المدعي واضع رجلاً حتى يقرّ بأن العقار في يده فيقضي القاضي بذلك ويكون ذلك استحقاقاً عليه وعلى غيره، والعقار في الحقيقة في يد غيره[3].

(١٥٨٧) وذكر محمد رحمه الله في شهادات الجامع الكبير: رجل غاب فجاء رجل ادّعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب، وأن الغائب وكّله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالخصومة فيه، والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام المدعي بينة على وكالته وقضى القاضي عليه بالوكالة، قال شيخ الإسلام رحمه الله: هذه المسألة دليل على جواز الحكم على المسخّر، فإنه قال: ادّعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب ولم يقل ادعى على رجل هو غريم الغائب، قال الصدر الشهيد رحمه الله: هذا عندنا محمول على ما إذا لم يعلم القاضي بكونه مسخراً[4].

---

١ - انظر: الجزء الأول من صنوان القضاء وعنوان الإفتاء /٢٤٢-٢٤٤.

٢ - البحر الرائق ١٩/٧.

٣ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢١٥/٣-٢١٧.

٤ - الفتاوى الهندية ٣٦٨/٣.

قيل: وينبغي أن تكون هذه المسألة على روايتين؛ لأن هذا في الحاصل قضاء على الغائب، وفي القضاء على الغائب روايتان، وكان الشيخ الإمام أستاذ الأئمة ظهير الدين المرغيناني رحمه الله يقول: في القضاء على الغائب نفتي بعدم النفاذ كيلا يتطرّقوا إلى هدم مذهب أصحابنا رحمهم الله، فلو أن القاضي حكم على المسخّر وأمضاه قاضٍ آخر صحّ الإمضاء ولا يكون لأحد[1] بعد ذلك إبطاله[2].

[كون المقضي به خارجاً عن ولاية القاضي]

(١٥٨٨) قال: القاضي إذا قضى بعين في يد رجل والمقضي به ليس في ولايته صحّ القضاء، ولكن لا يصح التسليم منه.

قال صاحب المحيط رحمه الله: صورة المسألة: بخاري ادعى داراً على سمرقندي عند قاضي "بخارى" أن الدار التي في يديه بسمرقند في محلة كذا إلى آخره ملكي وحقي وفي يديه بغير حق، وأقام بينة على دعواه فالقاضي يقضي بالدار للمدعي ويصح قضاؤه؛ لأن المقضيّ له والمقضي عليه في ولايته إلا أن التسليم لا يصح منه؛ لأن الدار ليست في ولايته فيكتب إلى قاضي سمرقند لأجل التسليم إليه[3].

قال محمد رحمه الله في الجامع الكبير: رجل مات وله ديون على الناس بعضها على القاضي، وبعضها على من لا يقبل شهادته له فادعى رجل عند هذا

---

١ - وفي نسخة "ج" (لأحدهما).

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٨.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٨.

القاضي أن الميت أوصى إليه، فإن القاضي إذا قضى بوصايته صحّ قضاؤه استحساناً حتى لو قضى الدين إلى هذا الوصي يبرأ، ولو رُفع قضاؤه إلى قاضٍ آخر، فإن القاضي الثاني يمضيه، ولو أن القاضي لو لم يقض له بالوصاية حتى قضى الدين هو أو من لايقبل شهادته له ثم قضى له بالوصاية لا يصح قضاؤه، حتى كان للورثة ولاية المطالبة بالدين، ولو رفع قضاؤه إلى قاضٍ آخر أبطله[1].

والفرق: أن القاضي في الفصل الثاني عامل لنفسه؛ لأنه يثبت براءة نفسه ويصح دفعه إليه والقضاء لنفسه باطل، ولا كذلك الفصل الأول، ويوضحه أن القضاء معتبر بالشهادة، فالغريم لو شهد بالوصاية لهذا الرجل بعد ما أدّى الدين إليه لا تقبل شهادته لمكان التهمة، فكذا لا يصح قضاؤه، وقبل قضاء الدين لو شهد الغريم بالوصاية به لهذا الرجل تقبل شهادته إذا كان الموت ظاهراً استحساناً؛ لأنه لا تهمة في هذه الشهادة؛ لأن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان الموت ظاهراً بدون الشهادة، فكذا يصح قضاؤه أيضاً.

ثم إن محمداً رحمه الله سوّى في الفصل الثاني بين القاضي وبين من لا يقبل شهادته له، وقال: إذا رفع قضاؤه إلى قاضٍ آخر أبطله ولو أمضاه كان باطلاً، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: ينبغي أن يكون الجواب في حق من لا تقبل شهادته له بخلاف الجواب في حق نفسه؛ لأن قضاء القاضي لنفسه باطل بالإجماع فلا يكون لأحد أن يمضيه[2].

أما قضاؤه لمن لا تقبل شهادته له مختلف فيه؛ لأن شهادته لهؤلاء مختلف فيه فكذا قضاؤه، فالقضاء بالإيصاء صادف محلاً مجتهداً فيه، فكان لغيره أن

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

يمضيه إذا كان من رأيه ذلك ولو لم يدّع أحد الإيصاء حتى جعل القاضي له وصياً، ثم إن القاضي دفع الدين إليه يجوز الإيصاء والنصب والدفع إليه.

ولو قضى الدين إليه أولاً، ثم نصبه وصياً عن الميت لا يصح النصب[1]؛ لأن النصب قبل قضاء الدين نصب من القاضي على وجه القضاء، وبعد قضاء الدين عامل لنفسه فلا يصح، ولو كان مكان دعوى الوصاية دعوى النسب في هذه المسألة فقضى القاضي بنسبه إن كان القضاء بنسبه بعد قضاء الدين إليه لا ينفذ قضاؤه، وإن كان القضاء بالنسب قبل قضاء الدين إليه ينفذ قضاؤه، والفرق ما ذكرناه[2].

ولو كان مكان دعوى الوصاية والنسب دعوى الوكالة، بأن غاب ربّ الدين وأقام رجل البيّنة أن ربّ الدين وكّله بقبض الدين الذي له عليّ أو على من لا تقبل شهادته له، فقضى القاضي بوكالته لا يجوز، سواء كان القضاء قبل دفع الدين إليه أو بعد الدفع[3].

فرق بين الوكالة والوصاية قبل دفع الدين، والفرق: وهو أن للقاضي ولاية نصب الوصي وإن لم يكن على الميت دين فلا يكون في هذا النصب قبل قضاء الدين إليه عاملاً لنفسه، فلا يكون قضاؤه لنفسه أصلاً.

أما ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب[4] فهو بهذا القضاء يعمل لنفسه من حيث أنه يثبت براءة ذمته بدفعه إليه، فيكون قاضياً لنفسه فلا يصح، فإن رفع قضاؤه بالوكالة إلى قاضٍ آخر فإن كان القضاء بالوكالة بعد

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٨.

٤ - وفي نسخة " أ " (النائب).

قضاء الدين يردّه لا محالة، ولو أمضاه قاضٍ آخر لا يجوز إمضاؤه؛ لأنه وقـــع باطلاً، وإن كان القضاء بالوكالة من الأول قبل قضاء الدين إليه فأمضاه الثاني جاز إمضاؤه[1].

علّل محمد رحمه الله في الجامع الكبير وقال: لأن إمضاء الثاني حصـل في محل مجتهد فيه، فقد أشار إلى أن القضاء بالوكالة مجتهد فيه واختلفت عبـارات المشايخ فيه، بعضهم قالوا: أراد به حقيقة الاختلاف، ومن المشايخ رحمـهم الله من يجيز القضاء بالوكالة كما يجيز بالوصاية، وبعضهم قالوا: أراد به اشـتباه الدليل، ووجه ذلك: أن الوكالة إنابة في حالة الحياة، والوصاية إنابـــة بعـد الموت، فالقياس الظاهر يوجب التسوية بينهما، فينبغي أن يملك القاضي نصب الوكيل كما يملك نصب الوصي، وينبغي أن يملك القضاء بالوكالة قبل قضـاء الدين كما يملك القضاء بالوصاية، فإذا أخذ بالقياس الظاهر وقضى بالوكالـة قبل قضاء الدين حصل قضاؤه في محل مجتهد فيه، أو نقول: هذا قضاء علـى الغائب، والقضاء على الغائب مجتهد فيه، فإن قيل: هذا القضـــاء إذا كـان مجتهداً فيه ينبغي أن لا يتوقف على إمضاء قـاضٍ آخـر كمـا في سـائر المجتهدات، قلنا: هذا إذا كان قضاء للغير من كل وجه، أما إذا كان قضـاءً لنفسه من وجه يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر، وههنا القضاء وقع لغيره من وجه، ولنفسه من وجه، فيتوقف على إمضاء قاضٍ آخر.

---

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٤٣.

النوع الثاني

فيما يجوز للقاضي أن يضعه على يدي عدل وما لا يجوز[1]

(١٥٨٩) قال: امرأة ادّعت الطلاق على زوجها، وجاءت بشاهد واحد هل يجوز للقاضي أن يضعها على يدي عدل حتى يأتي بالشاهد الآخر؟ قال مشايخنا رحمهم الله: ينظر: إن كان الطلاق رجعياً فلا يحول بينها وبين الزوج؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح، وإن كان الطلاق بائناً ينظر: أيضاً إن قالت المرأة: كان شاهِدِي الآخر غائباً وليس في المصر، لا يحول بينها وبين الزوج لما في الحيلولة من إزالة يد الزوج، واليد مقصودة كالملك، والملك لا يُزال بشهادة الواحد، فكذا اليد[2]، وإن قالت: شاهدي الآخر في المصر ينظر، إن كان الشاهد الحاضر عدلاً أو فاسقاً، فإن كان فاسقاً لا يحال بينهما؛ لأن شهادة الفاسق ليست بحجة أصلاً، لا في حق الله تعالى ولا في حق العباد، وإن كان عدلاً، قال في الأصل: يؤجّلها ثلاثة أيام، وإن حال بينهما فحسن، وذكر في الجامع الصغير: إذا شهد واحد عدل يمنع الزوج من الدخول عليها استحساناً، وأما تأجيله ثلاثة أيام؛ لأنه لا يمكن لكل مدعٍ إحضار شهوده جملةً في أول المجلس، ولا بعد يوم ولا يومين، فقدّرنا الثلاث على ما عرف في كثير من المواضع[3].

---

١ – انظر حول الموضوع: أدب القاضي للخصاف مع شرحه للصدر الشهيد ٣/١٩٥-٢٠٤، الباب الخمسين.

٢ – الفتاوى الهندية ٣/٣٧٧.

٣ – الفتاوى الهندية ٣/٣٧٧.

وأما الحيلولة بطريق الاستحباب؛ لأن إيقاع الطلاق البائن يوجب تحريم الفرج، وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى، وشهادة الواحد حجة في حقوق الله تعالى، وليست بحجة في حقوق العباد، فاعتبار حق الله تعالى يوجب الحيلولة، وباعتبار حق العبد وهو الزوج يمنع، فاستحب الحيلولة، وليس للزوج فيه كثير ضرر[1].

أما إذا كان غائباً فمدة الحيلولة تطول، فيكثر الضرر على الزوج، فاعتبر حق الزوج في هذه الحالة، و لم يعتبر حق الله تعالى.

(١٥٩٠) أما إذا أقامت شاهدين شهدا على الطلاق البائن، أو على الطلقات الثلاث، قال مشايخنا رحمهم الله: لم يذكر هذا الفصل في الأصل.

وذكر في الجامع: أن القاضي يمنع الزوج من الدخول عليها والخلوة معها مادام مشغولاً بتزكية الشهود، وهذا استحسان، والقياس: أن لا يحول بينهما؛ لأنا تيقنّا بحرمة إخراجها من مترل زوجها؛ لأنها منكوحة أو معتدة وأيّاً ما كان يحرم إخراجها، ولكن يجعل القاضي معها امرأة أمينة تمنع الزوج من الدخول عليها وإن كان الزوج عدلا[2].

فرق بين هذا وبين ما إذا طلّق الرجل امرأته ثلاثاً ومترله ضيّق، فجعل بينهما سترةً، أو حائلاً يكتفي به فلا يحتاج إلى امرأة أمينة إذا كان الزوج عدلاً.

---

١ - وفي نسخة "ب" (كثير ضرب) وفي نسخة "ج" (وليس الزوج فيه كثير الضرب على الزوج).

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٧.

والفرق: أن الزوج ههنا ينكر الحرمة ويستحلّها، والعدل لا يمتنع عما يستحلّه بدينه، أما في تلك المسألة فالزوج يعتقد الحرمة فلا يخاف عليها إذا كان عدلاً.

(١٥٩١) ونفقة الأمينة في بيت المال؛ لأنها مشغولة بإقامة حق الله تعالى وهو منع الزوج من الدخول عليها، فكانت عاملةً لله تعالى، فيكون نفقتها في بيت المال.

(١٥٩٢) فإن زكّيت الشهود فرّق بينهما، وإلا ردّت المرأة على الزوج، فإن طالت المدة وطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة فالقاضي يفرض لها النفقة، ويأمر الزوج بإعطاء المفروض، ولكن إنما يفرض لها نفقة مدّة العدّة لا غير؛ لأنها إن كانت مطلّقة فهي معتدّة ولها نفقة العدّة، وإن لم تكن مطلّقة فهي منكوحة لكن ممنوعة عن الزوج لا لمعنى من جهته، وهذا يوجب سقوط النفقة، فقد وقع الشك في سقوطها وثبوتها فلا يسقط بالشك إلا أن هذا الشك في مقدار نفقة العدّة، فأما الزيادة على نفقة العدّة فقد تيقنّا بسقوطها، فإذا أخذت قدر نفقة العدّة إن عدّلت الشهود سلم لها ما أخذت؛ لأنه تبيّن أنها استوفت نفقة العدّة وهي حقها، وإن رُدّت الشهادة رُدّت المرأة على زوجها فيرجع الزوج عليها بما أخذت؛ لأنه تبيّن أنها كانت منكوحة ممنوعة عن الزوج لا لمعنى من جهة الزوج، فتبيّن أنها ما كانت مستحقة للنفقة وأن القاضي أخطأ في قضائه، فما أخذت المرأة أخذت بغير حق[١].

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٧.

(١٥٩٣) قال محمد رحمه الله في عتاق الأصل: وإذا ادّعى العبد والأمة العتق على مولاهما وليس لهما بيّنة حاضرة فإنه لا يحال بينهما وبين المولى، لما ذكرنا: أن في الحيلولة إزالة اليد واليد مقصودة كالملك فلا يزال بمجرد الدعوى[١] وإن أقاما شاهداً واحداً، فإن قالا: الشاهد الآخر غائب عن المصر، فالجواب فيه كالجواب فيما قلنا في الطلاق، وإن قالا: الشاهد الآخر حاضر في المصر، فإن كان الشاهد الذي أقاماه فاسقاً، فكذلك الجواب، فإن كان عدلاً ذكر: أنه لا يحال بينهما أيضاً[٢].

قال صاحب المحيط: هو[٣] الذي ذُكر صحيح في العبد، أما في الأمة ينبغي أن يقال: لو حيل[٤] بينهما فحسن على رواية الأصل، وعلى رواية الجامع: يحال بينهما على نحو ما ذكرنا في الطلاق، وهذا؛ لأن عتق الأمة يتضمّن حرمة الفرج كالطلاق، فكان الجواب في عتق الأمة نظير الجواب في طلاق المرأة[٥].

وإن أقاما شاهدين مستورين يحال بينهما جميعاً إلى أن يظهر عدالة الشهود؛ لأن شهادة المستورين حجة في حقوق الله تعالى والعباد، ألا ترى! أن القاضي لو قضى بشهادتهما بظاهر العدالة ينفذ قضاؤه بالإجماع، فيجوز إزالة

---

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٩٩.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٨؛ وشرح أدب القاضي ٣/٢٠٠.

٣ - وفي نسخة "ب" و "ج" (هذا الذي).

٤ - وفي نسخة "ب" و "ج" (لو حال بينهما).

٥ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٨.

يد المولى بشهادتهما، وهذا الجواب في الأمة مجريٌ على إطلاقه، وفي العبد محمول على ما إذا كان المولى مخوفاً عليه يخاف منه الاستهلاك وتغييب العبد، أما إذا لم يكن فلا يحال بينه وبين العبد فيؤخذ منه كفيل بنفسه وبنفس العبد[1].

(١٥٩٤) وحيلولة الأمة يخالف حيلولة المرأة الحرة، فإن حيلولة الحرة أن يجعل معها امرأة ثقة من غير إخراجها من بيت الزوج، وحيلولة الأمة أن يضعها على يد امرأة ثقة خارج بيت المولى، وذكر في المنتقى: أن الجارية إنما توضع على يدي العدل إذا لم يكن المدعى عليه مأموناً، أما إذا كان مأموناً ثقة والقاضي يعرفه بذلك أمره أن يعزلها.

(١٥٩٥) ثم إذا وضعت الجارية على يدي العدل فالقاضي يأمر المولى بالإنفاق عليها، فإن زكيّت البينة وأعتقها القاضي فإن قال المدعى عليه: قد كنت أنفق عليها كما أنفق على عبيدي فهو متطوِّع.

وإن قال: دفعت ذلك إليهما قرضاً لهما على أنهما حرّان، رجع عليهما بالكسوة والدراهم، ولا يرجع عليهما بالطعام.

(١٥٩٦) وإن كان الشاهدان على عتق الأمة والعبد فاسقين، لاشك أن في الأمة يحال بينهما؛ لأن شهادة الفاسق حجة في حقوق العباد، حتى لو قضى القاضي بشهادة الفاسق على ظن أنه صادق ينفذ قضاؤه، وفي العبد اختلاف الروايات: ذكر في بعض الروايات: أنه يحال وفي رواية: لا يحال[2].

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٨.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٨.

قال: أمة في يد رجل ادعاها رجل على أنها له وأقام على ذلك شاهدين لا يعرفهما القاضي، فالقاضي يخرجها عن يده ويضعها على يدي عدل، لما[1] مرّ، فلو طلبت النفقة وأمر القاضي المشهود عليه بالإنفاق ثم لم يزكّ المشهود عليه وردّت الجارية على المولى، فالمولى لا يرجع بما أنفق على أحد، وإن زكّيت الشهود وقضى القاضي بالجارية للمدعي لم يكن للمشهود عليه أن يرجع على المدعي؛ لأنه أنفق على جاريته بغير إذنه، وهل يرجع بذلك على الجارية فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يرجع، وعلى قولهما: يرجع، ويكون ذلك ديناً في ذمة الجارية، تباع الجارية فيه إلا أن يفديها المقضي له؛ لأنه لما قضى بها للمدعي ظهر أن المدّعى عليه كان غاصباً في حال ما أنفق عليها؛ لأن يد العدل كيد المدّعى عليه، ولهذا لو هلكت في يد العدل ضمن المدعى عليه قيمتها، فتبيّن أنها استهلكت شيئاً من مال الغاصب.

(١٥٩٧) ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله: أن جناية المغصوب على ملك الغاصب هدر، كجناية المملوك على مالكه، وعندهما: معتبرة كالجناية على الأجنبي، وهي من مسائل كتاب الدّيات تعرف في موضعه إن شاء الله.

(١٥٩٨) قال: عبد في يدي رجل ادعاه رجل أنه عبده وأقام على ذلك شاهدين لا يعرفهما القاضي، لم يؤخذ من يد المدّعى عليه؛ لأن الأخذ من يده والوضع على يدي العدل في فصل الأمة إنما كان صيانةً للفرج، وإنه معدوم ههنا[2].

---

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٩٦/٣.

٢ - الفتاوى الهندية ٣٧٩/٣.

(١٥٩٩) ولكنّ القاضي يأخذ كفيلاً من المدّعى عليه بنفسه وبنفس العبد، أما أخذ الكفيل بنفس العبد؛ لأن الإشارة إلى العبد وقت القضاء أمر لابد منها لصحة القضاء، ولو لم يؤخذ كفيل العبد[1] ربما يغيب، فيعجز القاضي عن القضاء بالعبد.

وأما أخذ الكفيل بنفس المدّعى عليه لجواز أنه يغيب، والقضاء على الغائب لا يجوز[2].

ثم يأمر القاضي المدعى عليه أن يجعل الكفيل بنفسه وكيلاً بالخصومة حتى أنه إذا غاب و لم يقدر الكفيل على إحضاره فالمدّعي يخاصم الكفيل ويقضي عليه.

ولكن إن أبى المدعى عليه أن يجعله وكيلاً فالقاضي لا يجبره، بخلاف ما إذا أبى إعطاء الكفيل حيث يجبره عليه، فإن لم يجد المدّعى عليه كفيلاً فالقاضي يقول للمدعي: الزم المدّعى عليه والعبد[3].

(١٦٠٠) فإن كان المدعي لا يقدر على ذلك وكان المدعى عليه مخوفاً على ما في يده بالإتلاف، أو كان فاسقاً معروفاً بالفجور مع الغلمان، فالقاضي يضعه على يدي عدل، ولكن هذا لا يختص بالدعوى والبينة، بل في كل موضع كان صاحب الغلام معروفا بالفجور مع الغلمان، يخرجه القاضي

---

١ - وفي نسخة "ج" (فلو لم يؤخذ كفيلا بالعبد).

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٩.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٩.

عن يده، ويضعه على يدي عدل، حتى يبيعه بطريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[1].

(١٦٠١) ثم إذا وضعه على يدي عدل أمره القاضي بأن يكتسب وينفق على نفسه إذا كان قادراً على الكسب، ولم يذكر مثل هذا في الأمة؛ لأنها عاجزة عن الكسب عادةً حتى لو كانت الأمة قادرةً على الكسب بأن كانت غسّالةً معروفةً أو خبّازةً، تؤمر بالكسب أيضاً.

(١٦٠٢) ولو كان العبد عاجزاً عن الكسب لمرضه أو صغره يؤمر المدعى عليه بالنفقة، هكذا حكي عن الفقيه أبي بكر الثلجي والفقيه أبي إسحاق الحافظ رحمهما الله.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف[2] رحمهما الله: "في رجل ادعى جارية على رجل أنها له وأقام على دعواه بيّنة، فزكّيت بيّنته وقد كان القاضي وضعها على يدي عدل وهرب[3] المدعى عليه، قال: ينبغي أن يأمر العدل بأن يؤاجرها وينفق عليها من أجرها، وإن كان لا يؤاجر مثلها أمرته بأن يستدين بالنفقة عليها، فإذا أيست من صاحبها أمرت ببيعها فبدأت من الثمن بالدين، فأديته وودّعت الباقي من الثمن، فإذا جاء الذي كانت في يديه قضيت عليه

---

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/٢٠٦.

٢ - وفي الفتاوى الهندية (عن محمد رحمه الله بدل: عن أبي يوسف رحمه الله).

٣ - وفي نسخة "ج" (أو يقرب المدّعى عليه).

بقيمة الجارية؛ لأني بعتها على الذي كانت في يديه، فإن كان عليه دين فمستحق الجارية أحق بهذا الثمن من الغرماء؛ لأنها بمنزلة الرهن حين وضعها القاضي على يدي عدل[1].

(١٦٠٣) وذكر في إجارات المبسوط في باب إجارة الدوابّ: وللقاضي أن يضع فضل ثمن عبد الغائب على يدي عدل.

وصورته: إذا باع الرجل عبداً فغاب المشتري قبل نقد الثمن ولا يدرى مكانه، فأقام البائع بينة على ذلك عند القاضي، فإنه يقبل البينة ويبيع العبد ويقضي دين الغائب من ثمنه، فإن فضل شيء من الثمن وضعه على يدي عدل، وذكر ثمة أيضاً: وللقاضي أن يبعث مال الغائب إلى الغائب إذا خاف الهلاك.

(١٦٠٤) وله أن يأخذ مال الصغير من يد والده إذا كان الوالد مسرفاً مبذّراً، ويضعه على يدي عدل إلى أن يبلغ اليتيم[2].

(١٦٠٥) وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في المبسوط: وللقاضي أن يقرض مال اليتيم ومال الغائب، وأن يبيع منقوله إذا خاف الهلاك، ويضعه على يدي عدل، بشرط أن لا يعلم مكان الغائب حتى إذا علم مكان الغائب لا يبيع ماله[3].

(١٦٠٦) قال: دابّة أو ثوب في يد رجل ادعى عليه آخر، وأقام بينةً فطلب المدعي من القاضي أن يضعه على يدي عدل لم يجبه القاضي؛ لأن في

---

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٩.

٢ - البحر الرائق ٦/٢٩٦؛ والخانية ٢/٤٥٠.

٣ - البحر الرائق ٦/٢٩٦؛ والخانية ٢/٤٤٩.

ذلك قصر يد المدّعى عليه بغير حجة، ولكن القاضي يأخذ من المدعى عليه كفيلاً بنفسه وكيلاً بالخصومة إذا طابت نفس المدعى عليه، وقد ذكرنا هذه المسألة[1].

(١٦٠٧) قال هشام: سألت محمداً رحمه الله عن رجل: في يديه رطب، أو سمك طري، أو ما أشبه ذلك، فادّعاه إنسان أنه له، وقدّمه إلى القاضي، وهو مما[2] يفسد إن تركه، وقال المدعي: بينتي في المصر، قال: لا أقف في ذلك، ولكن أقول له: إن شئت أحلّفه على دعواك. فإن حلف لم يكن له أن يتبعه، وإن قال: أنا أحضر البينة يعني اليوم فإني أؤجّله إلى قيام القاضي وأقول للمدّعي عليه: لا تبرح إلى قيامه، فإن فسد[3] ذلك الشيء لا ضمان على المدّعى بحبسه عليه[4].

وروى عمرو بن أبي عمرو عن محمد رحمهم الله: رجل اشترى من آخر سمكاً، أو لحماً طريّاً، أو فاكهةً، أو ما أشبه ذلك، مما يتسارع إليه الفساد، ثم جحده البائع، وأقام المشتري على ذلك شاهدين، أو شاهداً واحداً، واحتاج القاضي إلى أن يسأل عن الشهود، قال: إن كان شهد للمدعي شاهد واحد، وقال: الشاهد الآخر حاضر، أجّله في شهادة الآخر

---

١ - الفتاوى الهندية ٣٧٩/٣؛ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٠٥/٣.

٢ - وفي نسخة "ج" (وهو كما يفسد إن).

٣ - وفي نسخة "ج" (فإن قيّد ذلك الشيء).

٤ - الفتاوى الهندية ٣٨٠/٣.

إلى أن لا يخيف الفساد، فإن أحضر، وإلا خلّى بين البائع وبين ما باعـــه، ونهى المشتري أن يتعرّض له[1].

ولو كان أقام شاهدين أمر البائع بدفعه إلى المشتري إذا خيـــف عليـــه الفساد، فإذا قبضه المشتري أخذه القاضي وأمر أميناً ببيعه وقبض ثمنه ووضـــع الثمن على يدي عدل، فإن زكّيت البينة قضى بالثمن للمشتري وأمر الـــعدل بدفع الثمن إليه، وإن لم تزكّ البينة سلّم القاضي ذلك الثمن إلى البائع[2].

(١٦٠٨) ذكر شيخ الإسلام رحمه الله: إذا كان المدّعى بـــه منقـــولاً وطلب المدعي من القاضي أن يضعه على يدي عدل ولم يكلّـــف[3] بإعطـــاء المدعى عليه كفيلاً بنفسه وبنفس المدعى به، فإن كان عدلاً فالقاضي لا يجيبـــه، وإن كان فاسقاً أجابه، وفي العقار لا يجيبه إلا في الشجر الذي عليه ثمر[4].

(١٦٠٩) وفي أدب القاضي للخصاف في باب ما لا يضعه القـــاضي على يدي عدل: إذا قالت المرأة للقاضي لست آمن على نفسي من زوجـــي أن يقربني في حالة الحيض فضعني على يدي عدل فالقاضي لا يلتفت إلى ذلك[5].

فإذا ادعى على امرأة كبيرة نكاحاً وهي تجحد فأقام بينة عليها وسأل من القاضي أن يضعها على يدي عدل حتى يسأل عن شهوده فالقـــاضي لا يفعـــل

---

١ – الفتاوى الهندية ٣/٣٨٠.

٢ – الفتاوى الهندية ٣/٣٨٠.

٣ – وفي نسخة "ب" و "ج" (ولم يكتف).

٤ – الفتاوى الهندية ٣/٣٨٠.

٥ – شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/٢٠٨؛ والفتاوى الهندية ٣/٣٨٠.

ذلك، وكذلك الجارية البكر إذا كانت في منزل أبيها، جاء رجل وادّعى نكاحها فالقاضي لا يضعها على يدي عدل[1].

(١٦١٠) وفي كتاب الصلح: أمة بين رجلين خاف كل واحد منهما صاحبه عليها، فقال أحدهما: تكون عندك يوماً، وعندي يوماً، وقال الآخر: بل نضعها على يدي عدل، فإني أجعلها عند كل واحد منهما يوماً، ولا أضعها على يدي عدل، قال مشايخنا رحمهم الله: ويحتاط في باب الفروج في جميع المواضع، نحو العتق في الجواري والطلاق في النساء وغير ذلك إلا في هذا الموضع، فإنه لا يحتاط لحشمة ملكه، وهو نظير ما أخبر القاضي أن فلاناً يأتي جواريه في غير المأتي ويستعملهن في الغناء، ويطأ زوجته في حالة الحيض، وأمته من غير استبراء لا يكون للقاضي عليه سبيل لحشمة ملكه، كذا ههنا.

تم الجزء الثالث
بحمد الله سبحانه وتعالى
ويليه الجزء الرابع
وأوله بيان جواز التحكيم

---

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/٢٠٨.

الفهرس العام